Das

„Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung

nach §§ 130, 131 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt

von

Adolf Kunstmann
aus Erlangen,
Rechtspraktikant am kgl. Landgerichte Fürth.

LAGAD
LANDSHUT
BIBL.

Approbiert am 8. Oktober 1906.

Erlangen 1906.
Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

70

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Mutter

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

I. Teil.

Erster Abschnitt: Allgemeines über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen . . . . . §§ 1—3

I. Rechtsgeschäft und Willenserklärung.

II. Wille und Erklärung.

III. Einteilung und Wesen der Willenserklärungen.

Zweiter Abschnitt: Insbesondere die empfangsbedürftige Willenserklärung . . . . . §§ 4—8

I. Tatbestandsmerkmale der empfangsbedürftigen Willenserklärung.

a) Bedeutung der Abgabe.

b) Erfordernis der Richtung an einen bestimmten Adressaten.

II. Empfang der Erklärung als notwendige Voraussetzung für deren Wirksamkeit.

III. Zeitpunkt des Empfangs der Willenserklärung.

a) Standpunkt des gemeinen Rechts. Theorien.

b) Stellungnahme des B.G.B. zu dem Tatbestandsmoment der Ankunft.

II. Teil.

Erster Abschnitt: Definition des Begriffs »Zugehen« § 9

Zweiter Abschnitt: Verwertung der aufgestellten Definition und Prüfung derselben auf ihre Brauchbarkeit . . . . . §§ 10—23

Dritter Abschnitt: Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit und die Vertretung Geschäftsunfähiger bei Abgabe bzw. Entgegennahme von Willenserklärungen . . . . . §§ 24—26

Vierter Abschnitt: Das Zugehen der Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter . . . . . §§ 27—30

Literaturverzeichnis.

Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren, Jehr. Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 14, 1875.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. II, Weimar 1889.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (in der Festgabe der Giesener Juristenfakultät für Dr. Heinrich Dernburg zum 4. April 1900).

Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Leipzig 1901.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Bremer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd. 20.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1899 u. 3. Aufl. 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. I 1900.

David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, in Gruchot's Beiträgen Bd. 46.

Dernburg, Pandekten Berlin 1896, 5. Aufl. Bd. I.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, 1. u. 2. Aufl. 1899.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Endemann, Einführung in das Studium des bürg. Rechts, 1900.

Engelmann, Das alte und das neue bürg. Recht Deutschlands, 1899.

Enneccerus, Das bürgerliche Recht, Bd. I 2. Aufl. 1901.

Enneccerus, Rechtsgeschäfte, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1888.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 6. Aufl. 1905.

Fleck, Der Bote, eine Studie im bürgerlichen Gesetzbuche, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 15, 1899.

Foertsch, Die empfangsbedürftige Willenserklärung im Prozess und die Prozessvollmacht (in der deutschen Juristenzeitung, 1899).

Freudenthal, Handausgabe der Civilprozessordnung mit Erläuterungen 1905.

Fritze, Die stillschweigende Willenserklärung im bürgerlichen Gesetzbuche, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 14, 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch Bd. I, 2. Aufl. 1903.

Gottschalck, Die empfangsbedürftige Willenserklärung nach dem B.G.B., Dissertation, Erlangen 1902.

Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 20, 1882.

Hauser, Zeitschr. f. Handelsrecht XII S. 34 ff., 1868.

Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürg. Rechte, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 42, 1901.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hölder, Kommentar zum B.G.B., Allgem. Teil 1899.

Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines deutschen bürg. Gesetzbuchs, Arch. f. die civ. Pr. Bd. 73.

Hölder, Der Zugang der Willenserklärung, in der deutschen Juristenzeitung 1901 S. 340 ff.

Isay, Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B.G.B., in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 44, 1903.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, Jena 1899.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 16, 1878.

Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 11, 1871.

Koppers, Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen in Gruchot's Beiträgen Bd. 46 S. 225 ff.

Kühn, Über Vertragsschluss unter Abwesenden, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 16, 1878.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. I, Allg. Teil 1898.

Landsberg, Das Recht des B.G.B.. ein dogmatisches Lehrbuch, Berlin 1904.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 36, 1896.

Leonhard Franz, Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, in Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 41, 1900.

Leonhard Rudolf, Allg. Teil des bürg. Gesetzbuchs, 1900.

Maas, Der Vertragsschluss auf elektr. Wege, 1889.

Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, Greifsw. Dissertation, 1879.

Matthias, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. I 3. Aufl. 1903.

Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem B.G.B., Berlin 1900.

Motive, Zum Entwurf I. Lesung des B.G.B., Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des bürg. Gesetzbuchs Bd. I, Berlin 1898.

Oertmann, Zugehen und Vernehmen, im »Recht«, 10. Jahrg. 1906 S. 721 ff.

Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes Bd. II, Leipzig 1898.

Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. I 2. u. 3. Aufl. 1903.

Protokolle, Der Kommission für die 2. Lesung des bürg. Gesetzbuchs, Bd. I Berlin 1897.

Rathenau, Der Zugang der Willenserklärungen bei Abholung von Postsendungen, in der deutschen Juristenzeitung 1902 S. 147 ff.

Regelsberger, Pandekten 1. Band 1893.

Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen, I 1868.

Rehbein, Das bürg. Gesetzbuch mit Erläuterungen Bd. I 1900.

Riezler, In Staudingers Kommentar zum B.G.B. Bd. I, 1. u. 2. Aufl., 1903 bzw. 1904.

Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874.

Ryk, Zeitschr. f. Handelsr. XXIX, S. 316 ff., Seuff. Arch. II 160, VII 16, XVI 203.

Savigny, System des römischen Rechts Bd. III, Berlin 1840.

Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, Stuttgart 1877.

Scheurl, In Jahrb. f. Dogm. II S. 248 ff., 1858, und in den Beiträgen I S. 305 ff., 1853.

Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876.

Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, 1. Teil Leipzig 1900, 2. Teil Leipzig 1902.

Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Heidelberg 1873.

Strohal, Streifzüge im Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das deutsche Reich, in Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 28, 1889.

Thiele, Die Kündigung nach dem B.G.B., Arch. f. civ. Pr. Bd. 89, 1899.

Titze, Zeitpunkt des Zugehens bei Willenserklärungen, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 47, 1904.

Vangerow, Pandekten, 7. Aufl. III, 1869.

Wening-Ingenheim, Arch. f. civ. Pr. II, S. 267 ff., 1821.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenr., 8. Aufl. v. Kipp 1900 9. Aufl. 1906.

Windscheid, Wille und Willenserklärung, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 1880.

Zitelmann, Rechtsgeschäft im Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs, 1. Teil, Berlin 1889.

Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, in Jehr. Jahrb. f. die Dogm. Bd. 16, 1878.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

Ferner wurden benützt:

Deutsche Juristen-Zeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0057

Einleitung.

Eine in der Wissenschaft viel umstrittene, in Theorie und Praxis von weit auseinander gehenden Meinungen vertretene Materie, die bereits in der gemeinrechtlichen Doktrin bei der Unbestimmtheit und Unklarheit der Begriffe die mannigfachsten Kontroversen entstehen liess, eine Materie, die auch nach ihrer Regelung im B.G.B. noch vielfach den Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen bildet, ist die Lehre von den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen.

Der Streit der Wissenschaft über dieses Rechtsgebiet, der fast sechzig Jahre angehalten hat und namentlich seit den letzten vierzig Jahren mit besonderer Heftigkeit geführt wird, hat nicht allein für die Erkenntnis des gemeinen Rechts eine hervorragende Bedeutung gehabt, er ist auch auf die Entstehung des B.G.B. von unschätzbarem Einfluss gewesen, insofern als er dem Gesetzgeber die Wichtigkeit seiner Aufgabe vor Augen gestellt und ihm die Wege zu einer befriedigenden Regelung des Titels »Willenserklärung« gewiesen hat.

Wir werden uns zunächst in kurzen Zügen der Darstellung einiger allgemeiner Bestimmungen über Rechtsgeschäft und Willenserklärung zuwenden müssen, bevor auf die speziellen Bestimmungen der §§ 130 und 131 B.G.B., die von dem Zeitpunkte des Wirksamwerdens der Willenserklärungen bei Abwesenheit bezw. bei Mängeln der Geschäftsfähigkeit handeln, eingegangen werden hann, um zur Beantwortung der sich hieran knüpfenden strittigen Fragen zu gelangen.

I. Teil.

Erster Abschnitt:

Allgemeines über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen.

§ 1.

Rechtsgeschäft und Willenserklärung.

Von dem Prinzipe, nach Möglichkeit Definitionen zu vermeiden, ist das B.G.B. auch bezüglich der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung nicht abgewichen. Auch Entwurf I. hat diese beiden Begriffe nicht definiert. Die Auslegung ist daher lediglich auf die Sprachregeln angewiesen.

In den bisherigen Untersuchungen ist mehrfach behauptet worden, das B.G.B. stelle die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft einander gleich. Während diese Identifizierung von der einen Seite als ein Vorzug des B.G.B. gerühmt wird, findet sie von der anderen Seite abfällige Beurteilung. Richtig ist, dass das Gesetzbuch an verschiedenen Stellen die Willenserklärung selbst als Rechtsgeschäft bezeichnet und damit die beiden Begriffe identifiziert; ja die Motive (I. S. 164) bemerken ausdrücklich, dass der Entwurf beide Ausdrücke der Regel nach als gleichbedeutend gebrauche. Für das Gesetzbuch selber aber trifft dies nur in beschränktem Masse zu; denn unter Rechtsgeschäft ist nicht nur das einseitige Rechtsgeschäft zu verstehen, sondern auch das zweiseitige, der Vertrag, der sich regelmässig zusammen-

setzt aus den übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Kontrahenten. Die Meinung, dass das B.G.B. diese Identifizierung enthalte, ist wohl in erster Linie auf den Umstand zurückzuführen, dass der 3. Abschnitt dieses 1. Buches die Überschrift »Rechtsgeschäfte« und der 2. Titel dieses Abschnitts die Überschrift »Willenserklärungen« trägt. Dieser vermutungsweise angeführte Umstand beweist aber die behauptete Identifizierung nicht. Dem Gesetzbuche war es selbstverständlich nicht darum zu tun, eine lehrhafte Definition des Rechtsgeschäftsbegriffes aufzustellen. Die Überschrift des 3. Abschnittes im 1. Buche zeigt mithin lediglich an, dass Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte gegeben werden sollen, und die Überschrift des 2. Titels nichts weiter, als dass zu diesen Bestimmungen auch Bestimmungen über Willenserklärungen gehören.

Ein jedes Rechtsgeschäft setzt, um rechtliche Wirkungen hervorbringen zu können, gewisse vom Gesetze vorgeschriebene Bestandteile voraus. Sind diese vorhanden, so ist das Rechtsgeschäft gültig. Fehlt ein gesetzliches Erfordernis des Rechtsgeschäftes, so muss dieses nichtig sein[1]). Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden kann, ist nötig, dass ein auf die Entstehung, Beendigung oder Umänderung eines Rechtes gerichtete Privatwillenserklärung vorliegt. Die Willenserklärung ist demnach ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts, ein

1) So z. B. in §§ 134, 138; darnach ist ein Rechtsgeschäft nichtig, welches gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst; denn dasselbe setzt immer eine gesetzliche Vorschrift voraus, welches die Verwirklichung des bezweckten rechtlichen Erfolges durch Rechtsgeschäft zulässt.

Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung ist undenkbar. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass jede Willenserklärung zur Entstehung eines Rechtsgeschäfts führt; denn es gibt Willenserklärungen, denen die Rechtsordnung ein Interesse deswegen nicht abzugewinnen vermag, weil sie an sich den Verkehr absolut nicht tangieren, die Äusserung eines rechtlich nicht interessierenden Willens ist keine Willensäusserung im Rechtssinne.

§ 2.

Wille und Erklärung.

Die Übereinstimmung von Wille und Erklärung in ihrer objektiven Form ist das normale, naturgemässe Verhältnis des Willens zur Erklärung, allein es ist eine Störung dieses Verhältnisses denkbar. Der Wille, welcher in einer Erklärung nach der gewöhnlichen Bedeutung der gebrauchten Worte ausgedrückt erscheint, kann in Wirklichkeit nicht vorhanden sein. Er kann fehlen, weil der Erklärende absichtlich eine seinem Willen nicht entsprechende Erklärung abgibt; er kann auch fehlen infolge eines Irrtums des Erklärenden, sei es, dass der Erklärende infolge dieses Irrtums nicht erkannte, dass er eine Erklärung des betreffenden Inhalts abgebe, oder dass er den Inhalt seiner Erklärung unrichtig auffasste.

Über die rechtliche Behandlung einer solchen Divergenz zwischen Wille und Erklärung besteht in der Wissenschaft lebhafter Streit. Neben verschiedenen Zwischenmeinungen stehen vor allem die sogenannte Willenstheorie und die sogenannte Erklärungstheorie einander gegenüber.

Die Willenstheorie, fussend auf Savigny, sah in dem inneren, dem wahren Willen des Erklärenden

das einzige ausschlaggebende Moment. Weil die Rechtsordnung sich erboten habe, die gewollten Rechtsfolgen eintreten zu lassen, so müssten die von dem Erklärungsempfänger aus der Erklärung als beabsichtigt angenommenen hinter ihnen zurücktreten. Das Willensdogma deckte darnach den Erklärenden und machte ihm gegenüber den Erklärungsempfänger so gut wie schutzlos.

Diese Theorie mochte gut sein, wenn der Erklärende seine Erklärungen im Irrtum oder in zerstreutem Zustande abgegeben hatte, oder der Erklärungsempfänger sich in bösem Glauben befand; aber der Verkehr, der doch die Sicherung der Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse sein soll, kann auf seiner Basis nicht gedeihen, nachdem ein inneres, nicht erkennbares Moment in der Person des Erklärenden die Erwartung und den guten Glauben des Anderen zu Schanden machen kann.

In das andere Extrem verfiel die sogenannte Erklärungs- oder Vertrauenstheorie. Allein massgebend dürfe sein im Interesse des Verkehrs der Wille, auf den der Erklärungsempfänger aus der Erklärung schloss, mochte dieser mit dem tatsächlichen Willen des Erklärenden übereinstimmen oder nicht.

Im römischen Recht war die Streitfrage, ob und inwieweit bei einer Differenz von Wille und Erklärung der Wille oder aber die Erklärung für den Eintritt von Rechtsfolgen entscheidend sei, auf die verschiedenartige Auslegung einzelner Quellenentscheidungen zurückzuführen. Ob dasselbe auf dem Standpunkte stand, dass das Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsaktes bildet, ist bestritten, Kohler[1]) z. B. kann

1) Studien über Mentalreservation und Simulation, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 100.

nicht glauben, dass jemals ein solches System herrschte, während es nach Röver[2]) im ältesten römischen Rechte Regel gewesen sei, dass der Mangel des Willens der Gültigkeit der Erklärung keinen Abbruch getan habe; ähnlich äussert sich Hartmann[3]), nach dem ältesten Rechtsverkehr eigentümlich ist die allein entscheidende, ausschlaggebende Kraft des Wortes, die Macht der in hergebrachter, solenner Weise gehandhabten Formel[4]).

Die zweite Frage, ob die Willensbestimmung massgebend sei, wurde verschieden beantwortet, von den Vertretern der Erklärungstheorie[5]) in verneinendem, von den Anhängern der Willenstheorie[6]) in bejahendem Sinne.

Es bleibt aber auch die Möglichkeit, dass das Recht keinem dieser beiden Prinzipien folgend, darauf verzichtet, ein für allemal eine für jeden denkbaren Fall gültige und bindende Regel aufzustellen und auf dieser Vorstellung beruhen auch die Ausführungen

2) Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, S. 9.

3) Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 20 S. 27.

4) Vgl. hiezu auch Regelsberger bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. II S. 406.

5) Kohler a. a. O.; Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft, Stuttgart 1877; Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischen Recht, Berlin 1882; Bähr, über Irrungen im Kontrahieren, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 14; Schlossmann, der Vertrag, Leipzig 1876.

6) Savigny, System des heutigen röm. Rechts Berlin 1840 Bd. III § 130; Windscheid, Wille und Willenserklärung, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 72 ff.; Zitelmann, die juristische Willenserklärung, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 357 ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäfte, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1888.

von Hartmann[7]) und Dernburg[8]), die auf die Herbeiführung eines Ausgleichs durch Mittelwege gehen[9]). Das geltende römische Recht habe nicht nach einer uniformen Regel entschieden, die Lehre sei in das Gebiet der bona fides zu verweisen, und der Richter habe nach den Grundsätzen guter Treue zu entscheiden, ob er dem Willen oder der abgegebenen Erklärung das grössere Gewicht beizumessen hat, und welche Tatsachen bei der Beurteilung des einzelnen Falls zu berücksichtigen sind.

Allein an der Hand der Quellen scheint die Behauptung begründet zu sein, dass die römischen Juristen im Prinzip nicht die Erklärung oder den Sinn derselben, sondern den Willen für das entscheidende Moment gehalten haben.

Auf dem gleichen Standpunkte stehen im wesentlichen die Vorschriften des Entw. I. Aus all seinen Bestimmungen geht klar hervor, dass auch er die früher herrschende Anschauung teilt, derzufolge die Willenserklärung normaler Weise einen auf einen Erfolg rechtlich bedeutsamer Art gerichteten Willen und eine diesen Willen zum Ausdruck bringende Erklärung enthält[10]). Diese Anschauung wird besonders aufrecht erhalten in den Motiven[11]) zu dem Entwurfe des B.G.B., die den Begriff »Rechtsgeschäft« definieren als eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher

7) a. a. O.

8) Pandekten, Berlin 1896 Bd. I S. 232 Anm. 2.

9) Vgl. hiezu namentlich: Bekker, System des heut. Pandektenr. Weimar 1889, Bd. II S. 62 ff.

10) Vgl. namentlich Windscheid, Pand. I S. 267.

11) Motive I S. 126.

nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Die Verteidiger dieses Willensdogmas berufen sich darauf, dass die Rechtsordnung an die Willenserklärung nur deshalb rechtliche Wirkungen knüpfe, weil diese von dem Erklärenden gewollt seien. Fehle der Wille, so falle der Grund, auf welchem die rechtliche Wirkung beruhe, weg und müsse diese daher unwirksam sein.

Welcher Theorie huldigt das Gesetz?

Monich[12]) behauptet, dass das B.G.B. im Ganzen der Willenstheorie huldige, durch seine Einzelbestimmungen aber ihre harten Consequenzen mildere. Die Motive[13]) zum Entw. I. bekennen sich selbst und die in §§ 95—99 des Entw. enthaltenen Bestimmungen zu dem Willensdogma, geben aber zu, dass das Prinzip verschiedentlich durchbrochen worden sei. Sie erkennen an, dass auch die Vertrauenstheorie ihre guten Seiten hat, verneinen aber, dass die Zugeständnisse, die ihr zu machen seien, die Energie besässen, das Willensdogma als den obersten Grundsatz zu erschüttern. Die Mannigfaltigkeit der einzelnen Durchbrechungen der Willenstheorie gestatte keine einheitliche Gestaltung.

Ob sich das B.G.B. der Willens- oder Erklärungstheorie angeschlossen hat, ist schwer zu sagen, da die Regel auf beiden Seiten von mehreren Ausnahmen durchbrochen ist:

1. Nach § 116 Satz 1 B.G.B., der die reservatio mentalis behandelt, gilt die Erklärungstheorie. Dar-

---

12) Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem B.G.B. Berlin 1900 S. 141.

13) S. 189—191.

nach ist eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Der Erklärende ist sich der Divergenz zwischen erklärtem und wahrem Geschäftswillen wohl bewusst. Die Divergenz ist entweder schon vor Abgabe der Erklärung beabsichtigt und dann betätigt oder erst nach Abgabe der Erklärung vom Erklärenden bemerkt und absichtlich nicht durch Klarstellung gehoben worden Nach der Willenstheorie müsste die Willenserklärung nichtig sein. Die Denkschrift[14]) betont aber, dass es dem Erklärenden nicht gestattet sein dürfe, seine Erklärung durch Berufung auf eigene Arglist zu entkräften; und im Rechte hat der Satz noch keine Anerkennung gefunden, dass die Worte da sind, um die Gedanken zu verbergen[15]). Die Willenserklärung bleibt darnach bestehen wie sie ist.

2. Dagegen ist im Satz 2, der die Mentalreservation insbesondere bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung regelt, die Willenstheorie anerkannt. Eine Willenserklärung ist nichtig, wenn der Andere den Vorbehalt des Erklärenden, das Erklärte nicht zu wollen, d. h. die Divergenz kennt.

3. Auch in den Bestimmungen der §§ 117, 118 ist die Willenstheorie zum Ausdruck gekommen.

4. § 119 behandelt die auf Irrtum beruhende Divergenz. Der Erklärende ist entweder über den Inhalt seiner Willenserklärung im Irrtume; er war der Meinung, dass der aus der Erklärung sich ergebende Geschäftswille derselbe wie sein wahrer Geschäftswille sei; dies ist aber nicht der Fall.

14) S. 30 a. a. O.

15) vgl. hiezu Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen I S. 18.

Oder der Erklärende hat eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollen, d. h. dieser Fassung, wie sie in die Erscheinung getreten ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn Erklärungswille und Geschäftswille divergieren, wenn der Erklärungswille durch irgend ein äusseres oder inneres Moment veranlasst, den wahren Geschäftswillen, auf den er tatsächlich gerichtet war, tatsächlich der Aussenwelt nicht mitgeteilt hat.

In beiden Fällen ist die Willenserklärung wirksam, mithin die Erklärungstheorie anerkannt.

Die Willenserklärung ist allerdings anfechtbar in dem Falle, wenn anzunehmen ist, d. h. wenn es objektiver Verkehrsanschauung und Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr entspricht, dass der Erklärende die Willenserklärung, so wie er sie geäussert hat, bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Wird die Willenserklärung dann angefochten, so ist sie nichtig von Anfang an: Willenstheorie.

5. § 120 erklärt die Vorschriften des § 119 für anwendbar auf den Fall, wo die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt einen anderen als den wahren Geschäftswillen übermittelt hat. In aller Regel gilt auch hier die Erklärung, wie sie in die Erscheinung getreten ist: Erklärungstheorie. Ist sie in denselben Ausnahmefällen wie im § 119 angefochten, so kommt der wahre Wille zur Geltung: Willenstheorie.

Mit diesem Resultat ist es deshalb unvereinbar, wenn man den Standpunkt des Gesetzbuches, wie dies

in der Wissenschaft geschieht, in diesem oder jenem Sinne für erwiesen erachtet[16]).

Die Denkschrift[17]) sagt ausdrücklich von dem dem Bundesrate vorgelegten Entwurfe, dass darin die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht mehr nach einer bestimmten Theorie, sondern lediglich nach praktischen Gesichtspunkten geregelt sei, die den verschiedenen in Betracht kommenden Interessen tunlichst gerecht werden. Die Protokolle[18]) ferner geben kund, dass man von einer Regelung von einer bestimmten Theorie aus Abstand genommnn habe, dass vielmehr beschlossen worden sei, die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen.

Das Gesetz basiert also ganz ausgesprochener Massen auf keiner der beiden Theorien, sondern erkennt als obersten und einzigen Grundsatz die Notwendigkeit der Verkehrsfähigkeit des Rechtssatzes an.

Nach diesen Ausführungen kommen wir, je nachdem man sich auf den Standpunkt der Erklärungs-[a]) oder der Willenstheorie[b] stellt, zu folgender Definition des Begriffs »Willenserklärung«.

a) Die Willenserklärung des B.G.B. ist dasjenige körperliche Verhalten einer geschäftsfähigen Person, das in der Weise, wie es in die Aussenwelt zur erkennbaren Erscheinung gebracht wird, vom Gesetze berücksichtigt wird, abgesehen davon, ob der vom Erklärenden geäusserte Wille mit dem tatsächlichen

16) Im Sinne der Erklärungstheorie Cosack I S. 199 ff., im Sinne der Willenstheorie Dernburg bürg. R. I § 106 a. E., Monich a. a. O. S. 141 Note 114.

17) S. 30 V, 1.

18) I S. 94 IV.

Willen im Einklang steht oder nicht. Es gilt das Erklärte.

b) Von der Rechtsordnung wird berücksichtigt der tatsächliche, auf die Hervorbringung eines Erfolges gerichtete Geschäftswille, abgesehen davon, ob dieser mit dem aus dem Verhalten des Erklärenden naturgemäss zu schliessenden Willen sich deckt oder nicht. Massgebend ist das Gewollte.

§ 3.

Einteilung und Wesen der Willenserklärungen.

Eine eingehendere Behandlung der verschiedenen Formen, in denen sich der menschliche Wille äussern kann, liegt ausserhalb des Rahmens dieser Darstellung und erübrigt sich schon um deswillen, weil für dieselbe nur eine bestimmte Klasse von Willenserklärungen in Betracht kommt. Hingegen ist die Frage kurz zu würdigen, ob innerhalb der verschiedenen Formen der Willenserklärungen eine Verschiedenheit ihres Wesens, welche die rechtliche Behandlung bestimmten, anzuerkennen sei, eine Frage, die namentlich auch in jüngster Zeit von verschiedenen Seiten behandelt wurde. Während Isay [1]) diese Frage verneint, unterscheiden Hellmann [2]) und Binder [3]) innerhalb des Gebietes der Willensäusserungen zwei verschiedene Gruppen, Willenserklärungen und Willens-

---

1) Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B.G.B., Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 44, S. 43 ff.; die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, Jena 1899.

2) Zur Lehre von den Willenserklärungen nach bürg. Recht, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 42 S. 413 ff.

3) Die Rechtsstellung des Erben, Leipzig 1901 S. 86 ff.

äusserungen im engeren Sinn, indem nach Hellmann jene eine Äusserung mit der Absicht, sie einem Dritten klar zu machen, diese, die er auch Willensverwirklichungen nennt, eine Äusserung ohne solche Absicht ist. Diese Verschiedenheit zwischen beiden Gruppen liegt auch den Normen des B.G.B. zugrunde; denn die rechtliche Behandlung der Willenserklärungen ist im B.G.B, eine ganz andere als die der Willensäusserungen im engeren Sinne. Das B.G.B. nennt Willenserklärungen nur die rechtsgeschäftlichen Willensäusserungen, die an denjenigen gerichtet sind, der von ihren Wirkungen betroffen werden soll oder an eine Behörde. Die Formulierung dieses von Hellmann aufgestellten Satzes ist freilich nicht vollkommen klar deshalb, weil man nicht ersehen kann, ob solche Äusserungen, die an einen Anderen, aber nicht an denjenigen gerichtet sind, der von ihnen betroffen werden soll, Willenserklärungen oder Willensverwirklichungen sind. Die Verschiedenheit des inneren Wesens bestsht, mag man nun unter Willenserklärungen alle adressierten Erklärungen oder nur die an einen Beteiligten adressierten Erklärungen verstehen, darin, dass die Art der Abgabe der verschiedenen Willenserklärungen eine verschiedene ist; bei der einen richtet sich die Abgabe an einen andern, bei der andern nicht, bei der einen knüpft die Rechtsordnung ihre Wirkung an die blosse Abgabe, bei der andern an die Ankunft oder an die Vernehmung und unter Willenserklärungen versteht das B.G.B., wie Hellmann richtig annimmt, nur solche Äusserungen, die an einen andern gerichtet sind. Denn der Begriff »klar machen, einen Willen erklären« setzt einen Menschen voraus, an den sich der Klarmachende mit

seiner Tätigkeit des Klarmachens wendet[4]). Wenn Isay diese Meinung für unzutreffend erklärt und sich auf die Möglichkeit beruft, dass auch da von Erklärungen gesprochen werden kann, wo im Augenblicke der Äusserung niemand zugegen ist, an den sich der Erklärende wenden könnte, so ist dem entgegen zu halten, dass diese Auffassung mit dem Sprachgebrauche des Lebens wie mit demjenigen des B.G.B. in keiner Weise vereinbar ist. Dem steht auch die Bestimmung des § 151 B.G.B. entgegen, wonach der Vertrag durch Annahme des Antrags zustande kommt, die dem Antragenden gegenüber nicht erklärt wird[5]), Während § 149 B.G.B. für das Zustandekommen eines Vertrags normaler Weise das Zugehen der Annahmeerklärung an den Antragenden voraussetzt, gibt es nach § 151 Fälle des Vertragsschlusses durch Annahme des Antrags, die dem Antragenden gegenüber nicht erklärt wird. Es genügt nach dem Wortlaute des Gesetzes der blosse Annahmewille, d. h. dasjenige Verhalten des Antragsempfängers, aus dem der betreffende Wille geschlossen werden kann. Daraus kann mit Recht gefolgert

4) Anderer Ansicht Planck, 3. Aufl. 1903 S. 208.

5) Enneccerus (a. a. O. S. 149) freilich will auch in den Fällen des § 151 eine Annahmeerklärung als notwendig vorausgesetzt wissen. Nur findet er die Annahmeerklärung in der Annahme, weil jedermann zunächst selbst zu bestimmen habe, erschwerend oder erleichternd, was als »Erklärung an ihn« zu gelten habe.

Es liegt aber auf der Hand, dass das Gesetz in § 130 bestimmt hat, dass nur die zugegangene Willenserklärung unter Abwesenden wirksam ist und dass die Beteiligten diese gesetzliche Bestimmung nicht ändern können, ausser wo es das Gesetz — wie in § 151 — zulässt.

werden, dass das B.G.B. Willensäusserungen kennt, die in seiner Sprache nicht Willenserklärungen sind.

Diese Einteilung legt auch Binder den Willensäusserungen zugrunde. Der von ihm eingenommene Standpunkt weicht aber von den Ausführungen Hellmanns grundsätzlich ab, insofern als Binder diese Einteilung weder als auf einer Verschiedenheit des inneren Wesens der Willensäusserungen beruhend ausgibt, noch für sie die Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche des B.G.B. in Anspruch nimmt. Er behauptet vielmehr, dass das B.G.B. zwischen Willensäusserungen und Willenserklärungen terminologisch nicht unterscheidet, sachlich aber betrachtet auch er die Unterscheidung als mit Notwendigkeit gefordert und als auch mit dem Rechte des B.G.B. vereinbar. Denn der menschliche Wille kann einmal durch eine Erklärung zum Ausdrucke gebracht werden, d. h. durch ein Mittel, das dazu geeignet ist, einem andern den inneren Willen zur Kenntnis zu bringen, einen anderen über etwas zu erklären, die Erklärung verlangt also notwendig, wenn von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann, immer einen, an den sich der Erklärende richtet, einen »Erklärten«, wie Binder sich ausdrückt. Die rechtsgeschäftlichen Willensäusserungen, welche keine Erklärungen sind, lassen sich im Gegensatz zu diesen als »unmittelbare Willensäusserungen« bezeichnen, weil sie zu ihrer Wirksamkeit, ja zu ihrer Existenz, der Vermittelung eines anderen Subjektes nicht bedürfen. Es ist demnach im Sinne Binders zu unterscheiden zwischen Willenserklärungen, die sich an einen andern richten und solchen, die sich nicht an eine andere Person richten und eine verschiedene rechtliche Behandlung

und Berücksichtigung dieses Unterschiedes zwischen adressierten und nicht adressierten Erklärungen scheint sachlich auch vollkommen geboten. Denn für die Wirksamkeit der nicht adressierten Erklärung muss es genügen, dass sie abgegeben wird, die Wirksamkeit der adressierten Erklärung dagegen kann man nicht bereits an ihre Abgabe knüpfen, sie ist vielmehr nach dem Rechte des B.G.B. an deren Zugehen geknüpft. Denn sollte, fragt Binder, die schriftliche Erklärung der Erbschaftsannahme, bevor sie zur Post gegeben wurde und bei dem Nachlassgerichte in den Einlauf kam, bindend und unwiderruflich sein? Nach den gesetzlichen Bestimmungen sicherlich nicht; denn es wäre eine unhaltbare Konsequenz, die den Normen des § 130 B.G.B. zuwiderlaufen würde, wollte man in diesem Falle den Erben an seine Erklärung binden. Diese bleibt vielmehr solange unwirksam und infolgedessen widerruflich, bis sie dem Adressaten zugegangen ist; denn aus dem Begriffe der adressierten Willenserklärung folgt notwendig das Erfordernis des Zuganges und somit die Unmöglichkeit, dass die Erklärung im einzelnen Falle bereits mit der Abgabe wirksam und unwiderruflich geworden sei, während bei der überwiegenden Mehrzahl solcher Erklärungen diese erst dann wirksam werde, wenn sie dem Adressaten zugehe.

Wenn Isay behauptet, dass diese von Binder und Hellmann gegebene Definition und Einteilung auf die Unterscheidung des gemeinen Rechts zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen hinauskäme, so ist dem entgegenzuhalten, dass diese Unterscheidung sowohl Hellmann[6]) offensichtlich fern

6) a. a. O. S. 432.

liegt als auch Binder[7]), der selbst hervorhebt, dass seine Unterscheidung mit der zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen nichts gemein hat.

Bezüglich der Frage nach dem unterscheidenden Merkmal zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen und der weiteren Frage, welche Folgen sich an diese Unterscheidung knüpfen, herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur lebhafter Streit, ohne dass man zu einem fruchtbaren Ergebnis gekommen wäre. Wenn Hellmann[8]) die Behauptung aufstellt, dass das B.G.B. und neben diesem auch viele andere Reichsgesetze ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen unterscheiden, indem er sich dafür auf §§ 244 und 700 B.G.B. beruft, so ist dagegen einzuwenden, wie auch die Mehrzahl der Schriftsteller angenommen hat, dass sich in den zitierten Gesetzesstellen das Wort »ausdrücklich« nicht auf die Art und Weise der Erklärung, sondern auf den Inhalt der Erklärung bezieht. Das B.G.B. verlangt, dass über die fraglichen Punkte eine besondere Einigung getroffen sein muss, darüber, wie sie erklärt worden ist, will das B.G.B. keine Bestimmung treffen.

Die Einteilung der Willenserklärungen in ausdrückliche und stillschweigende, wie sie der Entwurf I kannte, und damit auch eine besondere Regelung ist vom Gesetze fallen gelassen. Zu bemerken ist, dass der in der Wissenschaft und Praxis übliche Ausdruck »stillschweigende Willenserklärung« nicht ganz korrekt ist, da hier nicht sowohl eine Erklärung als vielmehr

7) a. a. O. S. 93.

8) a. a. O. S. 61 u. 65.

eine Betätigung des Willens vorliegt. Es handelt sich bei ihnen nicht um Handlungen, die zu dem Zwecke vorgenommen werden, den Willen kund zu tun, sondern um ein Verhalten, aus dem zu schliessen ist, dass der betreffende Wille vorhanden sei. Man vergegenwärtige sich folgendes Beispiel: A. und B. vereinbaren beim Kaufabschlusse einen bestimmten Lieferungstermin; wenn nun der mit der Lieferung beauftragte A. vor diesem Zeitpunkte liefert, so wird, wenn B. diese frühzeitige Lieferung nicht beanstandet, aus seinem Schweigen zu schliessen sein, dass er auch mit der verfrühten Lieferung einverstanden ist. Es würde entschieden der Auffassung des Lebens widerstreiten, wenn man einem solchen Verhalten nicht dieselbe rechtliche Wirkung beilegen wollte wie einer zum Zwecke der Erklärung des Willens vorgenommenen und dazu geeigneten Handlung. Von dieser Auffassung geht auch das B.G.B. aus, obwohl es an einer ausdrücklichen allgemeinen Vorschrift darüber fehlt.

Zweiter Abschnitt:

Insbesondere die empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

§ 4.

Bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die für unsere Darstellung ausschliesslich in Betracht kommen und die wir kurzweg »adressierte« im Gegensatz zu den »nicht adressierten« nennen können, handelt es sich zunächst um das Erfordernis der Abgabe und

zwar in der Richtung an einen bestimmten Adressaten. Die Abgabe der Erklärung muss vollendet sein, d. h. der Absender muss alles getan haben, was von seiner Seite zu dem Zweck geschehen muss, dass die Erklärung dem anderen Teile zugeht. Der Erklärende muss vor allem die Absicht haben, dass die Erklärung dem Adressaten zugehe, er muss die Verwirklichung dieser Absicht ermöglichen, sein Verhalten muss ein derartiges sein, dass es normalerweise dazu geeignet ist, den gewünschten Erfolg herbeizuführen. So ist die Willenserklärung dann nicht vollendet, wenn der Erklärende den Empfang zwar durch sein Verhalten ermöglicht, es aber nicht in seiner Absicht liegt, dass die Willenserklärung dem tatsächlichen Erklärungsempfänger zugehe, oder wenn wenigstens sein Wille nicht die Möglichkeit eines Empfanges seitens desselben mitumfasst. Ob diese Ankunft auch wirklich erfolgt, liegt ausserhalb seiner Macht; sie ist also ein selbständiges Moment des Tatbestandes[1]).

Mit der Abgabe der Erklärung, d. h. ihrer Richtung an einen bestimmten Gegner ist zwar die Willenserklärung schon vollendet, das durch sie bedingte Rechtsgeschäft aber noch unwirksam. Zu dessen Wirksamkeit gehört noch ein weiteres Moment, der Empfang derselben seitens des Adressaten, die Erklärung bleibt beispielsweise wirkungslos, wenn der die Erklärung enthaltende Brief vor der Vollendung des Empfanges verloren geht. Der Empfang ist mithin, wie Zitelmann[2]) sich ausdrückt, eine der Willens-

1) Zitelmann, Rechtsgeschäft im Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs, 1. Teil, S. 27, 32, 98 ff.

2) a. a. O. S. 95.

erklärung nachfolgende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit.

Bezüglich der Frage, was zur Vollendung einer Willenserklärung gehöre, ist man noch zu keinem übereinstimmenden Ergebnis gekommen. Nach Dernburg[3]), Eck[4]) und Matthiass[5]) besteht die Erklärung schon von der Abgabe ab; der Empfang ist nicht sowohl Erfordernis der Errichtung, als vielmehr nur der Wirksamkeit, ein zur Erklärung hinzukommendes weiteres Tatbestandsmoment. Diese Anschauung wird insbesondere von Örtmann[6]) geteilt und als die allein annehmbare bezeichnet. Für sie spricht entscheidend der bereits von Dernburg verwertete Gesichtspunkt, dass nach § 130 Abs. 2 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden, wenn nach Abgabe der Erklärung eintretend, auf ihre Wirksamkeit ohne Einfluss sind. Dies wäre unerklärlich, wenn die dem Gegner noch nicht zugegangene Erklärung erst ein unvollendetes Stückwerk darstellte; denn es fehlte vom Eintritt des Todes an das erste Erfordernis einer vollendungsfähigen Erklärung: die Person des Erklärenden. Dafür spricht auch der Wortlaut des Gesetzes, der nicht die Vollendung, sondern das Wirksamwerden der Erklärung an den Zeitpunkt des Zugehens knüpft und ihre Abgabe vom Zugehen sondert.

Das Zugehen der Erklärung ist somit nicht deren eigener Bestandteil, sondern ein weiteres, seinerseits nicht erklärungsartiges Tatbestandsmoment, das nach

---

3) a. a. O. § 132 II 1.

4) Vorträge S. 165.

5) a. a. O. § 49 III B.

6) Im Aufsatz »Zugehen und Vernehmen« im »Recht« X. Jahrg. Nr. 12 1906 S. 721 ff.

dem Gesetze erfüllt sein muss, damit die Erklärung Wirkungen zeitige. Sie ist nach Örtmann ein gesetzlich vorgeschriebenes Stück eines sich successive vollendenden Tatbestandes, also das, was man unter dem freilich noch nicht genügend geklärten Begriff der Rechtsbedingung' (condicio iuris) zu verstehen pflegt.

Diese Anschauung ergibt sich vom Standpunkte der Willenstheorie aus. Stellt man sich hingegen auf den Standpunkt der Erklärungstheorie, so ist diese Ansicht m. E. mit dem Begriff der Willenserklärung nicht zu vereinigen. Von ihr ausgehend, gehört zur Vollendung einer empfangsbedürftigen Erklärung der Empfang, das Zugehen[7]); mit der Abgabe allein ist sie noch nicht vollendet. Denn Vollendung eines Erklärungsaktes ist der Zeitpunkt, in dem der volle Tatbestand vorliegt, den das Gesetz für seine Wirksamkeit verlangt[8]). Es hat also in diesem Falle keinen Sinn, das Zugehen als ein selbständiges Tatbestandsmoment neben der Willenserklärung zu betrachten.

Wir kommen nunmehr auf die wichtige Frage, mit welchem Augenblicke das Erfordernis des Empfangs einer empfangsbedürftigen Erklärung seitens des Adressaten erfüllt sei.

§ 5.

Im gemeinen Recht war dies bestritten. Neben einzelnen Mittelmeinungen, von denen im besonderen die sogen. Entäusserungstheorie zwischen Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit scheidet und jene mit der

7) Vgl. hiezu Landsberg, das Recht des B.G.B. Berlin 1904 S. 178 ff., Leonhard a. a. O. S. 283 ff.

8) Ähnlich Hölder § 130 No. 4; im wesentlichen auch Crome a. a. O. § 88 a. E.

Entäusserung seitens des Erklärenden, diese mit dem Zukommen an den anderen Teil eintreten lässt, hatten sich bei der Vertragslehre vor allem vier verschiedene Theorien entwickelt. Nach der einen, der sogen. Äusserungstheorie, sollte die blosse Äusserung der Erklärung genügen, ohne dass sie der andere Teil vernehmen brauchte, eine andere legte entscheidendes Gewicht auf die Absendung der Erklärung, z. B. Aufgabe des Briefes zur Post, Entsendung des mit der Übermittelung des Schreibens oder mit mündlicher Bestellung beauftragten Boten, sogen. Übermittelungstheorie, nach einer dritten, der sogen. Empfangstheorie, sollte die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung unter normalen Umständen massgebend sein, während nach der vierten, der sogen. Vernehmungstheorie, endlich der Empfang der Willenserklärung erst vollendet sein sollte mit der Wahrnehmung des Willens durch den Adressaten[1]).

1) Für die Äusserungstheorie, auch Deklarationstheorie genannt: Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, IV S. 20 ff. (1804); Wening-Ingenheim, Arch. f. civ. Pr. II S. 267 ff. (1821); Scheurl in Jahrb. f. Dogm. II S. 248 ff. (1858); Thöl, Handelsrecht I § 237; Dahn, Zeitschr. f. Handelsrecht IX S. 503 ff.; Puchta § 251a; Sintenis II S. 246 ff. und Vorlesungen dazu; Kuntze zu Holzschuher, III S. 309—313 (dieser nur aus praktischen Gründen.) Modifikation bei Kühn, Jahrb. f. Dogm. XVI S. 1—90 (1878): es ist erforderlich, dass die gemachte Äusserung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. So auch Ryk, Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 316 ff., Seuff. Arch. II 160, VII 16. XVI 203.

Für die Empfangstheorie: Scheurl in den Beiträgen I S. 305 ff. (1853); Emminghaus, Arch. f. prakt. R.W. N. F. VI S. 113 ff. (1869); Hauser, Zeitschr. f. Handelsr. XII S. 34 ff. (1868); Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Heidelberg 1873; Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 17—30 (1877);

Die Empfangstheorie entspricht am meisten den Bedürfnissen des Verkehrs. Diesen kann eine Theorie nicht gerecht werden, welche wie die Äusserungs- und Übermittelungstheorie den Adressaten in die Lage bringen kann, eine ihn angehende Willenserklärung als wirksam anerkennen zu müssen, wenn er nicht einmal die Möglichkeit hatte, von ihr Kenntnis zu nehmen. Ebenso ist aber dem Verkehrsinteresse mit der in das entgegengesetzte Extrem verfallenden Theorie gedient, welche dem Adressaten die Möglichkeit gibt, das Wirksamwerden der ihm bereits zugegangenen Erklärung durch die in seinem Belieben stehende Verweigerung der Kenntnisnahme zu vereiteln.

§ 6.

Über die alte Streitfrage, was als Empfang anzusehen sei, enthält Entwurf I im § 74 Bestimmungen nur über

---

Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht I S. 579 ff. (1881), auch Seuffert in seinem Archiv VII S. 17; Maas, der Vertragsschluss auf elektr. Wege (1889); Dernburg II § 11, vgl. auch Wend § 199. Nach Köppen (Jahrb. f. Dogm. XI S. 139—393, 1871) tritt mit dem Gelangen der Annahmeerklärung an den Offerenten nur die Vollendung des durch den Vertrag zu begründenden Rechtsverhältnisses, dagegen der Beginn desselben schon mit der Abgabe (Übermittelung) der Annahmeerklärung ein (das nähere a. a. O. S. 373 ff.).

Für die Vernehmungstheorie, auch Resciscions-, Rekognitions-, Agnitionstheorie genannt: Hasse, Rhein. Mus. II S. 371 ff. (1829); Bekker, Jahrb. d. gem. R. II S. 342 ff., III S. 126 ff., 295 ff. (1858. 1859); Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsr. II S. 423 ff. (1882); Vangerow 7. Aufl. III § 603 Anm. 1 (1869); Brinz 1. Aufl. § 362; Marsson, die Natur der Vertragsofferte (Greifsw. Diss. 1879); ausserdem Wächter, Arch. f. civ. Pr. XIX S. 116 und Württemb. Privatr. II S. 737, Pand. II S. 357; im Prinzip und für den Hauptfall, der Antragsteller Antwort erwartet, auch Schm. Seuff. Areh. I 194, III 19, 310, V 116, VIII 24.

die unter Abwesenden erfolgenden Willenserklärungen und zwar setzt er hier verschiedenes Recht, je nachdem die Willenserklärung eine ausdrückliche oder stillschweigende ist; er fordert für diese, dass sie zur Kenntnis des Adressaten gelangt, steht also mit der Aufstellung dieses Rechtssatzes zweifellos auf dem Standpunkte der Vernehmungstheorie, während er für jene verlangt, dass sie dem Adressaten zugehe. Es sind daher diejenigen Stellen, in welchen eine rechtliche Wirkung davon abhängig gemacht wird, dass die Willenserklärung dem andern Teile zukommt, nur von einer ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen. Die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen ist in dem dem Entwurfe I § 74 entsprechenden § 130 B.G.B. aufgegeben, beseitigt ist auch an den meisten Stellen die Hinweisung auf die Zulässigkeit einer stillschweigenden Willenserklärung sowie andrerseits das Erfordernis einer ausdrücklichen Willenserklärung.

Die Vorschrift im Entwurfe I § 74 darüber, in welchem Zeitpunkte eine stillschweigende empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam werde, wurde in der zweiten Kommission[1]) gestrichen, dabei jedoch die Frage unentschieden gelassen, ob und in welchen Fällen stillschweigende Willenserklärungen gegenüber einem andern abgegeben werden können. Entschieden sollte nur werden, dass soweit stillschweigende Willenserklärungen zulässig seien, auch für sie die Empfangstheorie massgebend sei. Eine ausdrückliche Entscheidung der Frage, ob eine empfangsbedürftige Willenserklärung stillschweigend abgegeben werden

1) Prot. II S. 145.

kann, ist auch später nicht erfolgt; doch ist die Mehrheit der Kommission davon ausgegangen, dass sie zu bejahen sei.

§ 7.

Das B.G.B. gibt ausdrückliche Bestimmungen über das Tatbestandsmoment der Ankunft nur bei empfangsbedürftigen Erklärungen, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben werden, betreffs der Erklärungen unter Anwesenden stand sowohl die Kommission für die erste wie die für die zweite Lesung auf dem Standpunkte, dass für sie eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich sei. Bei diesen ergibt sich dieser Zeitpunkt aus der ratio legis; denn da hier regelmässig Erklärung und Empfang zusammenfallen, wird vorausgesetzt werden müssen, dass der Adressat sich auch wirklich Kenntnis von ihr verschafft, dass er sie tatsächlich vernommen habe. Eine Unterscheidung zwischen dem Zeitpunkt, in welchem die Erklärung zugeht und demZeitpunkte, in welchem sie vernommen wird, ist hier ebenso wie bei Mitteilungen durch den Fernsprecher schlechthin unmöglich.

Die meisten Schriftsteller[1]) verlangen für das Gebiet der Anwesenheitserklärungen, dass der Adressat das Erklärte auch wirklich vernommen habe, und ersetzen daher für diese Fälle der Sache, vielfach auch dem Namen nach die Empfangstheorie durch die strengere Vernehmungstheorie[2]).

1) Hierhin gehören besonders die Kommentare von Planck § 130 Nr. 2, Rehbein S. 122 No. 2, die Lehrbücher von Crome § 88 No. 2, Enneccerus § 73 S. 191 und in den früheren Auflagen (Aufl 3—4 I S. 280) auch Endemann, der aber später zur Gegenansicht übergetreten ist, ferner Zitelmann, Grundriss S. 96 b.

2) Zweifelhaft ist die Stellung von Goldmann-Lilienthal (Aufl. 2

Der Gedanke, welcher bei der einem Abwesenden gegenüber abgegebenen Erklärung dazu führt, das Zugehen derselben für genügend zu erklären, erfordert nicht, wie Planck[3]) richtig meint, eine entsprechende Vorschrift auch für die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Erklärung zu treffen[4]). Wer eine Erklärung einem Abwesenden gegenüber abgibt, ist nicht im Stande, sich darüber zu vergewissern, ob dieser von der ihm zugegangenen Erklärung Kenntnis erhält. Das Verkehrsbedürfnis erfordert hier, das Zugehen für genügend zu erklären. Ein gleiches Bedürfnis besteht für die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Erklärung nicht. Wer eine solche abgibt, kann sich davon überzeugen, ob der andere Teil die Erklärung vernimmt oder nicht. Ein dem Zugehen ähnliches Verhältnis besteht hier nicht[5]). Anderer Meinung ist Cosack[6]), der die Bestimmung des § 130 analog auch auf Erklärungen unter Anwesenden angewendet wissen will[7]).

Die Grundsätze, die für die Wirksamkeit der einem Anwesenden gegenüber abgegebenen Erklärungen gelten, werden analog auf die durch einen Boten einem Abwesenden gegenüber mündlich abge-

---

S. 173), da sie zwar die Empfangstheorie bei den hier in Rede stehenden Erklärungen verwerfen, aber ein Vernehmenkönnen des Erklärungsgegners für genügend zu halten scheinen. Vgl. ferner Kipp zu Windscheid I § 72 S. 294; ähnlich Matthiass § 49 IV.

3) B.G.B. I S. 180 zu § 130.

4) Dasselbe fordern auch: Endemann, Einführung Bd. I S. 280 II; Enneccerus a. a. O.; Rehbein a. a. O.

5) So auch Zitelmann a. a. O. S. 96.

6) Lehrb. des bürg. Rechts Bd. I S. 176.

7) Vgl. hiezu auch Isay a. a. O. S. 94.

gebenen Erklärungen anzuwenden sein, insoferne als es sich hier um eine Erklärung von Person zu Person handelt, die räumlich nicht getrennt sind. Eine solche Erklärung ist naturgemäss nur dann als dem andern Teile zugegangen anzusehen, wenn dieser die ihm von dem Boten gemachte Mitteilung der Erklärung vernommen hat.

Nachdem das B.G.B. über die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die unter Anwesenden erfolgen, keine Vorschriften enthält, hat es die Frage unbeantwortet gelassen, ob hier wirkliche Erlangung der Kenntnis nötig ist oder Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt. Nach dem eben Ausgeführten ist jedoch anzunehmen, dass ihre Wirksamkeit durch ein wirkliches Vernehmen des Gegners bedingt ist, nicht durch ein Vernehmenkönnen oder Vernehmenmüssen.

Das B.G.B. enthält lediglich Vorschriften über Willenserklärungen unter Abwesenden und knüpft deren Wirksamkeit an den Begriff des Zugehens. Was dabei unter anwesend und abwesend zu verstehen ist, definiert das B.G.B. nicht. Eine Definition des Wortes »anwesend« kann man jedoch mit Zitelmann[8]) unschwer aus dem § 147 I II entnehmen; darnach sind 2 Personen anwesend, wenn die eine in der Lage ist, ihre Erklärung zur sofortigen d. h. ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden Kenntnis der Andern zu bringen[9]), Abwesend sind infolgedessen 2 Personen, die nicht in dieser Lage sind. Für den rechtsgeschäftlichen Verkehr unter Ab-

8) a. a. O. S. 102.

9) vgl. auch Endemann B.G.B. Bd. 1 § 67 Anm. 5; ähnlich Planck a. a. O. S. 181/2.

wesenden reichen naturgemäss manche Mittel nicht aus, die im Verkehr unter Anwesenden genügen.

Wenn § 130 von empfangsbedürftigen Willenserklärungen spricht, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben sind, so wird es sich fast ausschliesslich um Fälle der schriftlichen Übermittelung handeln. Während einem Abwesenden gegenüber Willenserklärungen doch nur äusserst selten mündlich übermittelt werden, ist es andrerseits ebenso natürlich, dass die Abgabe von Willenserklärungen unter Anwesenden nur in den seltensten Fällen durch Übergabe eines Schriftstücks erfolgt. Sollte einmal eine Person zu dieser ungewöhnlichen Art der Willensübermittelung greifen, so würde jedenfalls der Begriff des Zugehens kein anderer als bei den Willenserklärungen unter Abwesenden sein, die für die letzteren Fälle aufzustellende Definition würde also auch dort anzuwenden sein.

Diesen Unterschied der Erklärungsformen hat am schärfsten Titze[10]) in seiner Untersuchung hervorgehoben. Er schliesst die Fälle der mündlichen Übermittelung von Willenserklärungen wegen der ihnen innewohnenden wesentlichen Verschiedenheiten von dem Bereiche seiner Untersuchung über den Zeitpunkt des Zugehens der Willenserklärung aus; für den Begriff des Zugehens in dem bei schriftlichen Erklärungen massgebenden Sinn sei bei den mündlichen kein Raum, wohl aber andererseits in den allerdings ungewöhnlichen Fällen einer Überreichung schriftlicher Erklärungen unter Anwesenden. Die hier angedeutete Scheidung hat freilich bei Hölder[11]) Widerspruch

10) In Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 47 S. 379 ff.

11) »Zur Lehre der Willenserklärung«, Festgabe für Degenkolb 1905 S. 93 ff.

erweckt; er erachtet dieselbe für nicht erschöpfend und als dem Gesetze fremd[12]).

Die Literatur hat es mehrfach unternommen, für die Fälle der mündlichen und für die Fälle der schriftlichen Willenserklärungen einen einheitlichen Begriff des Zugehens aufzustellen, allein bei der grossen Verschiedenheit beider Erklärungsformen kann dieser Versuch nicht von Erfolg begleitet sein, das Schriftstück z. B. ermöglicht, auch wenn es zunächst unbeachtet geblieben ist, dem Adressaten regelmässig die nachträgliche Kenntnisnahme der darin enthaltenen Erklärung. Das einem Anwesenden gegenüber gesprochene oder das durch den Fernsprecher übermittelte Wort dagegen verhallt und von ihm bleibt nichts übrig, woraus derjenige, an den es gerichtet worden, sich nachträglich Kenntnis verschaffen könnte. Hier muss deshalb das wirkliche Vernehmen der Botschaft gefordert werden.

Richtig ist allerdings, wie Hölder ausführt, dass das gehörte Wort Spuren seines Daseins in der Erinnerung dessen hinterlassen kann, der es gehört hat; aber »das sind nur sozusagen historische Reminiszenzen, kein Festhalten oder Aufsichwirkenlassen der Erklärung als einer noch gegenwärtig andauernden. Die mündliche Erklärung erschöpft sich in dem Akte ihrer Abgabe; ihr fehlt das allein zum Gegenstand späteren Zugehens fähige Substrat«. Denn »Zugehen« kann nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, mit anderen Worten, nicht die Erklärung als Akt, sondern

12) a. a. O. S. 723 meint Örtmann, dass man nur durch weiteren Ausbau der Scheidung zwischen schriftlichen und mündlichen Erklärungen das Anwendungsgebiet der Empfangs- und der Vernehmungstheorie im geltenden Recht sicher abgrenzen kann.

die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel«. Die mündliche Erklärung aber ist dazu ihrer Natur nach völlig ungeeignet[13]).

§ 8.

Dass sich das B.G.B. mit dem in § 130 aufgestellten Rechtssatze auf den Boden der Empfangstheorie gestellt hat, darüber dürfte wohl kein Zweifel bestehen. Wenn Endemann[1]) das Zugehen identisch mit dem »zur Kenntnis kommen« erklärt und dadurch tatsächlich die Vernehmungstheorie adoptiert, so ist hiegegen einzuwenden, dass dies dem Gesetze direkt widerspricht, da in den Motiven[2]) und Protokollen[3]) mit klaren Worten gesagt ist, dass die Empfangstheorie im Gegensatze zur Vernehmungstheorie sanktioniert werden solle[4]). Was hat das Gesetz bestimmt, auf die Ankunft und nicht auf die Entäusserung Gewicht zu legen?

Nach Regelsberger[5]) und Köppen[6]) ergibt sich dies aus dem Begriffe der Antwort, nach Enneccerus[7]) aus dem Willen des Antragstellers, der sich erst mit der Ankunft der Antwort binden wollte. Beide Auf-

13) So Örtmann a. a. O. S. 724.

1) a. a. O. S. 277.

2) Bd. I S. 157.

3) Bd. I S. 69.

4) Dies bestätigt insbesondere auch die Geschichte des § 74 des I. Entw.

5) Pand. Bd. I S. 533.

6) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 140 ff.

7) Das bürg. Recht Bd. I S. 168.

fassungen sind, wie Franz Leonhard[8]) meint, deswegen nicht völlig ausreichend, weil sie nur aus einem Falle der Erklärung, der Annahme eines Vertrages, abgeleitet sind und nur dafür vollkommen passen. Vielmehr muss man bei der Erklärung eher davon ausgehen, welche Wirkung ihr ihr Urheber beilegen wollte. Dessen Durchschnittsinteresse wird soweit zu berücksichtigen sein, als ihm nicht berechtigte Interessen des Empfängers entgegenstehen. Der Absender hat nun regelmässig zwei sich bekämpfende Interessen: einmal möglichst lange die Verfügung über seine Erklärung, also ein Widerrufsrecht zu haben, andrerseits aber, wenn er sie einmal entlassen hat, auch sicher zu gehen, dass sie ihren Zweck erreicht. Er will also mit Recht nicht eher gebunden sein, als der andere verpflichtet wird; anderer Ansicht, die jedoch nach dem eben Gesagten als unrichtig bezeichnet werden muss, ist Windscheid[9]), der den Absender für die Zwischenzeit in diese ungünstige Lage versetzen will. Ferner aber kann dem Adressaten eine Haftung von keinem früheren Augenblicke an zugemutet werden, als bis die Erklärung in seine Machtsphäre gekommen ist. Hieraus erhellt, dass die Erklärung vor diesem Zeitpunkte nicht als wirksam betrachtet werden darf. Dies richtet sich gegen die Äusserungs- und Absendungstheorie. Andrerseits hat aber auch der Absender den berechtigten Wunsch, die Gefahr des Verlustes nicht über Gebühr zu tragen. Er kann für die Sicherheit der Erklärung nur insoweit haftbar gemacht werden, als er auf ihre Beförderung Einfluss hat. Solange sie sich noch bei

8) In Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 41.

9) Lehrb. des Pandektenr. Bd. 2 S. 154.

dem Vertreter oder Boten des Absenders befindet, solange muss er für ihre Ankunft haften; diese Haftung erreicht aber ihr Ende, wenn sie aus seiner Hand in die des Adressaten gekommen ist. Mit diesem Augenblicke geht die Gefahr der Erklärung über und mit demselben wird die Erklärung daher auch wirksam. Es hat dies eine gewisse Ähnlichkeit mit der Übertragung einer verkauften Sache insoferne, als der Absender mit der Übergabe die Verfügungsbefugnis verliert und zugleich die Gefahr auf den Empfänger übergeht.

Die Bestimmung des § 130 gibt uns jedoch keine sichere Auskunft darüber, wo der Zeitpunkt des Wirksamwerdens tatsächlich liegt; denn die Begriffe »Empfangen« und »Zugehen« sind keineswegs identisch. Mit Recht sagt Franz Leonhard[10]), der Ausdruck »Zugehen« bezeichnet nur ein Gelangen zum Adressaten, lässt aber nicht erkennen, wie weit die Erklärung gelangen muss. Diese Bestimmung besagt uns vielmehr nur, dass zur Wirksamkeit einer schriftlich abgegebenen Willenserklärung einerseits ihr Niederschreiben bezw. Absenden nicht genügend, andrerseits ihre Kenntnisnahme durch den Adressaten nicht erforderlich ist. Damit ist natürlich nur gesagt, dass die Kenntnisnahme für die Vollendung des Zugehens keine Rolle spielt, nicht etwa, dass sie rechtlich unter allen Umständen bedeutungslos sei, so begründet z. B. § 819 B.G.B. für den bösgläubigen Empfänger, der erst nach der Empfangnahme den Mangel des rechtlichen Grundes erfährt, von der Erlangung der Kenntnis an eine Herausgabepflicht, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

10) a. a. O.

Da nun aber der Zeitpunkt des Zugehens den Augenblick bezeichnet, in welchem die von dem Erklärenden gewollten Rechtsfolgen eintreten, gibt er uns das Datum des wirksam gewordenen Rechtsgeschäftes an, gewinnt dadurch aber auch in den meisten Fällen auf die Beantwortung der Frage, ob die Willenserklärung des Absenders überhaupt ein gültiges Rechtsgeschäft darstelle, eine ausschlaggebende Bedeutung. Wenn beispielsweise das Schriftstück verloren geht, noch ehe sein Inhalt zur Kenntnis des Adressaten gelangt ist, so hängt die Entscheidung der Frage, ob diese Tatsachen der Wirksamkeit der Willenserklärung im Wege stehen, davon ab, ob der Brief zur Zeit seines Verlustes bereits zugegangen war oder nicht. Bis zum Moment des Zugehens trägt also der Absender, von diesem Zeitpunkte an der Empfänger die Gefahr der Übermittelung. Und wenn es sich ferner darum handelt, ob eine Willenserklärung rechtzeitig widerrufen worden und darum unwirksam geblieben ist, so kommt es nach § 130 Abs. 1 S. 2 des Gesetzbuchs wiederum darauf an, ob der Widerruf nicht später als die Willenserklärung zugegangen ist. Rudolf Leonhard[11]) ist der Meinung, dass sich nach B.G.B. der Beginn der Unwiderruflichkeit und der Anfang der Vollwirksamkeit der Erklärungen nicht immer zu decken brauchen. So soll z. B. bei Briefen, die einem Dritten zugesandt und von dem Empfangsberechtigten an bestimmter Stelle abgeholt werden, die rechtzeitige Vollendung schon vor der Abholung anzunehmen sein, während für die Widerruflichkeit nicht das Gleiche gelte. Ein solches Auseinander-

11) Allgem. Teil des B.G.B. (1900) S. 285.

fallen von Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit ist aber nach geltendem Rechte angesichts des klaren Wortlautes des § 130 schlechterdings unmöglich.

Mit Rücksicht auf die Tragweite, die hienach dem § 130 in der Lehre von den Rechtsgeschäften zukommt, ist er von Zitelmann[12]) als der Zentralparagraph des ganzen Rechtsgeschäftsgebietes bezeichnet worden und mit Rücksicht auf die mit ihm eintretenden Rechtsfolgen muss vor allem der Zeitpunkt des Zugehens so scharf wie möglich präzisiert werden.

II. Teil.

Erster Abschnitt:

Definition des Begriffes „Zugehen".

§ 9.

Nachdem wir oben gesehen haben, dass die einem Abwesenden mündlich durch einen Boten übermittelten Erklärungen bezüglich ihrer Wirksamkeit nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen sind wie Erklärungen unter Anwesenden, beschränkt sich die hier aufzustellende Definition lediglich auf schriftliche und telegraphische Mitteilungen*). Von diesen wird

12) a. a. O. S. 104.

*) Bezüglich der Fälle, in denen eine Erklärung einem Abwesenden gegenüber mündlich, z. B. bei Anwendung eines Boten, vollzogen wird vgl. Örtmann a. a. O. S. 726. Mit Recht erachtet er die Empfangstheorie des § 130 auf den Fall des Boten für nicht anwendbar, weil nicht passend und auch durch den Wortlaut des Gesetzes als nicht erfordert.

man im allgemeinen dann sagen können, dass sie zugegangen seien, wenn ein Zustand herbeigeführt ist, der den Adressaten in die Lage versetzt, Kenntnis von deren Inhalt zu nehmen. Allein diese Auslegung genügt nicht, da sie uns noch keinen Aufschluss darüber gibt, mit welchem Zeitpunkt dieser Zustand hergestellt ist. Eine Definition des Begriffes »Zugehen« kann daher nur dann als brauchbar bezeichnet werden, wenn sie uns in den Stand setzt, den hier fraglichen Zeitpunkt in jedem einzelnen Falle so genau wie möglich zu bestimmen.

Planck[1]) meint, als leitenden Gesichtspunkt wird man zu betrachten haben, dass Willenserklärungen der hier in Frage stehenden Art dann als zugegangen anzusehen sind, wenn derjenige, für welchen sie bestimmt sind, in die Lage gesetzt worden ist, dass er unter regelmässigen Verhältnissen sich Kenntnis von derselben verschaffen konnte[2]). Nach Riezler[3]) ist eine Willenserklärung dann zugegangen, wenn alle Umstände verwirklicht sind, welche die empirisch begründete Möglichkeit einer Wahrnehmung durch den Adressaten herstellen. Ebenso verlegen die übrigen in der Literatur auftauchenden Begriffssbe-

1) B.G.B. Bd. I S. 164; desgl. Enneccerus a. a. O. S. 166 und Hellmann a. a. O. S. 89.

2) Vgl. hiezu die Ausführungen Fritzes (Arch. f. bürg. Recht Bd. 14 S. 212), die darin gipfeln, Planck's Definition neige zu der vom Gesetz ausdrücklich perhorreszierten Vernehmungstheorie, es sei falsch, die Kenntnis oder die Möglichkeit der Kenntnisnahme zum Ausgangspunkt der Definition »zugehen« zu machen. Diese Polemik ist m. E. unberechtigt.

3) In Staudingers Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. 1904 Bd. 1 S. 334.

stimmungen[4]) in der Hauptsache übereinstimmend das Zugehen der Willenserklärung in den Augenblick, wo der Empfänger unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme erwirbt, wo das Schriftstück in verkehrsüblicher Weise in seine Macht oder in seinen Herrschaftsbereich eintritt.

Der gesetzgeberische Gedanke, der der Empfangstheorie zugrunde liegt, spiegelt sich in diesen Definitionen richtig wieder. Die allgemeinen Grundsätze legen, wie die Motive[5]) sprechen, nahe, eine gegenüber einem Abwesenden abgegebene Willenserklärung erst dann wirken zu lassen, wenn der Abwesende von derselben Kenntnis erhalten hat[6]). Soviel in grundsätzlicher Hinsicht indessen auch für die hierauf abstellende Vernehmungstheorie sprechen mag, wird doch nicht bestritten werden können, dass diese Theorie den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht wird. Dass bei dieser Art der Normierung der Absender zu kurz käme, liegt auf der Hand; denn es würde völlig in dem Belieben des anderen Teiles stehen, ob und wann er die Willenserklärung wirksam werden lassen will und ausserdem würde der Absender der Willenserklärung im Streitfalle zu dem Beweise genötigt sein, dass der Empfänger die Erklärung in sein Bewusstsein aufgenommen habe.

---

4) Siehe namentlich: Rehbein, Kommentar Bd. 1 S. 123; Hölder, Kommentar S. 291; Fischer-Henle, Handausgabe (6. Aufl.) S. 68; Neumann, Handausgabe Bd. 1 (3. Aufl.) § 130; Crome, System Bd. 1 S. 393; Goldmann-Lilienthal, das B.G.B. Bd. 1 (2. Aufl.) S. 170; Rudolf Leonhard a. a. O. S. 284; Franz Leonhard a. a. O. S. 37; Isay a. a. O. S. 91.

5) Bd. 1 S. 156/7.

6) Vgl. hiezu auch Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 553 und Hölder a. a. O.

Diese Unbilligkeit der Vernehmungstheorie, die man durch verschiedene Konstruktionen hat umgehen wollen, kann zweifellos weder dadurch aus der Welt geschafft werden, dass Zitelmann[7]) zum Schutze gegen Saumseligkeiten des Empfängers den Grundsatz »dolus pro facto est« aufstellt noch durch die von Bekker[8]) vorgeschlagene Umkehrung der Beweislast.

Es muss darum ein Zeitpunkt ausfindig gemacht werden, der einerseits diese Gefahrtragung dem Erklärenden nicht länger, als es billig ist, auferlegt, andrerseits von dem Momente der Kentnisnahme so wenig wie möglich entfernt liegt. Dieser Zeitpunkt kann aber kein anderer sein als der Augenblick, wo der Absender das die Erklärung enthaltende Schriftstück dem Adressaten so nahe gebracht hat, dass dieser unter normalen Umständen von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Die Betonung der »normalen Umstäde« liegt sowohl im Interesse des Erklärenden wie des Erklärungsempfängers. Denn es wäre hart, bei anormaler Unmöglichkeit der Kenntnisnahme jenen die Gefahr weiter tragen, bei anormaler Möglichkeit der Kenntnisnahme sie schon auf diesen übergehen zu lassen.

Dass der Begriff »Zugehen« in den angegebenen Definitionen nicht scharf genug formuliert ist, kann nicht in Abrede gestellt werden; die Definition desselben durch Ersetzung von Begriffen wie »Möglichkeit«, »Herrschaftsbereich«, »Machtbereich«, die kein juristisches Element enthalten, ist entschieden viel zu

7) a. a. O. S. 103.

8) Pand. Bd. 2 S. 115.

wenig präzis und bedarf ihrerseits einer weiteren Erläuterung[9]).

Einer praktischen Handhabe kommt schon näher die von Fritze[10]) in Vorschlag gebrachte Definition. Darnach ist eine Willenserklärung dann als zugegangen anzusehen, wenn ein sinnlich, besonders mit Auge und Ohr, wahrnehmbarer Eindruck von ihr nicht, wie Endemann[11]) will, in die Rechtssphäre, sondern in die äussere Machtsphäre des Destinatärs gelangt ist, d. h. in den Bereich seiner eigenen Sinne oder in den Kreis der Personen und Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden. Dieser Versuch einer näheren Bestimmung erscheint insoweit als nicht ganz gelungen, als die Personen der Umgebung dem Empfänger gleichgestellt werden. Denn einerseits gibt es auch empfangsberechtigte Personen, die nicht zu der Umgebung des Empfängers gehören, andrerseits sind die Angehörigen nicht unter allen Umständen zum Empfange befugt, z. B. sicherlich nicht ein kleines Kind von vier Jahren. Es kann daher auch diese Fassung nicht ausreichend sein, sie drängt vielmehr ebenso wie die anderen unwillkürlich zu der Aufstellung der weiteren Frage, wann ist eine Willenserklärung in den Herrschaftsbereich eines anderen gelangt, wann ist dem Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft?

Diese Frage kann in durchschlagender Weise zweifellos nur durch Hereinziehung des Begriffes des Besitzerwerbes gelöst werden — dadurch, dass man

9) Vgl. hiezu Titze in Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 47 S. 384.

10) a. a. O. S. 214 ff.

11) Einf. in das Studium des B.G.B. § 67 S. 278.

an Stelle der genannten Begriffe den Erwerb der tatsächlichen Gewalt über das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück setzt; — denn wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, ist ja nach B.G.B. § 854 ihr Besitzer geworden. So namentlich auch Kuhlenbeck[12]) und Thiele[13]), der ein Kündigungsschreiben dann für zugegangen erklärt, wenn der Adressat den Besitz daran, d. h. nach § 854 die tatsächliche Gewalt erlangt hat und das sei nach der herrschenden Verkehrsanschauung der Fall, sobald es in den für den Empfänger bestimmten Briefkasten gelange, da durch das Hineinwerfen eines Briefes in den Briefkasten des Empfängers der Besitz auf ihn übertragen werde. Dadurch, dass die Wirksamkeit der Willenserklärung hier von einem Moment abhängig gemacht wird, das, wie Zitelmann[14]) sich ausdrückt, aus schon vorhandenen und bekannten Urteilsmassstäben heraus bestimmbar ist, ist es möglich geworden, zu einigermassen sicheren und einander möglichst wenig widersprechenden Entscheidungen zu kommen.

Dieser Auffassung kommt auch das Reichsgericht[15]) sehr nahe, wenn es in einem Urteile vom 8. Februar 1902 ausführt: Wählt jemand für die Mitteilung eines Vertragsangebotes das Mittel eines verschlossenen Briefes, so ist richtiger Ansicht nach das Angebot dem Adressaten schon zugegangen im Sinne

12) Von den Pand. zum B.G.B. Bd. 1 S. 318.

13) Die Kündigung nach dem B.G.B., Arch. f. civ. Pr. Bd. 89 S. 136.

14) a. a. O. S. 104.

15) Entsch. Bd. 50 S. 194; Jur. Wochenschrift 1902, Beil. 3 S. 210.

des § 130 B.G.B., sobald der Brief in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten oder eines anderen, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt, und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist[16]).

Die herrschende Meinung will, wie es scheint, nichts mehr von der Verwertung des Besitzbegriffes für die Definition des Zugehens wissen, obwohl dieser Gesichtspunkt ausserordentlich nahe liegt. Während Zitelmann[17]) einen zweifelnden Standpunkt einnimmt, wird das Moment des Besitzerwerbes zurückgewiesen von Rudolf Leonhard[18]), Hölder[19]) und Franz Leonhard[20]). Letzterer hat einerseits Recht, wenn er den Sachbesitz des Briefes für nicht eben entscheidend hält; wenn beispielsweise ein Kaufmann Waren in einer grossen Kiste übersendet und auf deren Boden einen Brief legt, so ist dieser mit der Ankunft und Aushändigung der Kiste gewiss in den Besitz des Empfängers gekommen, aber ihm sicherlich doch noch nicht zugegangen[21]); denn dadurch ist die Möglichkeit, unter normalen Verhältnissen von dem Inhalt des Briefes Kenntnis zu nehmen, nicht so nahe gebracht, wie es in verkehrsüblicher Weise zu geschehen pflegt. Unrichtig ist aber andrerseits die Behauptung, dass es Fälle gebe, wo die Ankunft der

16) Vgl. hiezu Cosack I § 59 II 1a und Rehbein, Bem. I, 3 zu den §§ 116—124.

17) a. a. O. S. 104.

18) Allg. Teil des bürg. Gesetzbuchs S. 284.

19) a. a. O. S. 292.

20) In Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 41 S. 36 ff.

21) Scheiff, Prakt. Handbuch S. 104.

Erklärung dem eigentlichen Besitzerwerbe seitens des Empfängers voraufgehe, mithin das Moment des Besitzerwerbes überflüssig sei. Er hat hier vor allem die Fälle im Auge, wo sich zwischen den Besitz des vom Absender bestellten Boten und den Besitz des Empfängers noch der anderer Personen einschiebt. Es muss zugegeben werden, dass alle Vertreter des Empfängers, soweit sie nicht auf Grund eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses nur Besitzdiener sind, selbst als Besitzer zu betrachten sind; damit ist aber keineswegs gesagt, dass in dem Moment, wo der Vertreter in den Besitz des mit der Adresse des Vertretenen versehenen Briefes gelangt, die darin enthaltene Erklärung dem Adressaten in allen Fällen zugegangen ist. Sie wird es unstreitig dann sein, wenn meine Hauswirtin oder sonst eine in der Empfangnahme berechtigte Person einen an mich gerichteten Brief annimmt, während ich in meinem Arbeitszimmer mich aufhalte; denn mit diesem Augenblicke ist mir die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft. In anderen Fällen kann jedoch von einem Zugehen erst dann gesprochen werden, wenn der Brief aus dem Besitze des Vertreters in die tatsächliche Gewalt des Adressaten gelangt ist, dieser ist beispielsweise für längere Zeit verreist und hat jemanden mit der Nachsendung der an ihn gelangenden Sachen beauftragt. Abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen, wo es sich um eine mündlich abgegebene Erklärung, also um einen geistigen Besitzerwerb handelt, ist demnach daran festzuhalten, dass bei den Fällen der schriftlichen Übermittelung der Besitzerwerb des Schriftstücks eine notwendige Voraussetzung für die Kenntnis-

nahme seines Inhalts bildet. Denn es ist schlechthin undenkbar, von einem Zugegangensein einer in einem Briefe niedergeschriebenen Erklärung sprechen zu wollen, ohne dass mir derselbe, wenn ich ihn nicht tatsächlich in Händen habe, wenigstens so nahe gebracht ist, dass ich unter normalen Verhältnissen seinen Inhalt kennen lernen kann. Zu weit geht offenbar die Auffassung Titze's[22]), nach der hier unter Besitz überall nur der unmittelbare Besitz zu verstehen sei; denn nach dem eben ausgeführten ist eine Willenserklärung dann zugegangen, wenn mir die Möglichkeit ihrer Vernehmung unter normalen Verhältnissen gegeben ist, ohne dass der unmittelbare Besitz des dieselbe enthaltenden Briefes erforderlich wäre, andrerseits muss betont werden, dass in gewissen Fällen der unmittelbare Besitz an dem Briefe gar nicht ausreichend ist, um von einem Zugegangensein seines Inhalts reden zu können, es steckt mir beispielsweise jemand unbemerkt ein Schriftstück in meine Rocktasche.

Ähnliche Bedenken gegen die Heranziehung des Besitzbegriffes hat Hölder, indem er auf Fälle hinweist, wo die Sache dem Empfänger überhaupt nicht als ein Gegenstand seiner Besitzergreifung, sondern nur als ein Gegenstand seiner Besichtigung zukommen soll. Dass es solche Fälle gibt, unterliegt keinem Zweifel, aber ebenso sicher dürfte es sein, dass sie für die hier zu gebende Begriffsbestimmung ausser Betracht zu bleiben haben; denn es handelt sich bei ihnen nicht um eine schriftliche Willensübermittelung im technischen Sinne. Diese erfolgt durch Aushändigung

22) a. a. O. S. 387.

des Schriftstückes und gerade weil sie in dieser Weise erfolgt, das Schreiben also in den Händen des Adressaten verbleibt, sieht das Gesetz hier von der Kenntnisnahme ab und verlegt den Beginn der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit schon in den Zeitpunkt des Empfanges. Willenserklärungen aber, die durch blosses Vorzeigen eines Schriftstückes übermittelt werden, ähneln den mündlich überbrachten Erklärungen, da sie ebensowenig wie diese eine Daseinsspur hinterlassen. Der Zeitpunkt ihres Zugehens ist darum auch durchaus nach den für die Fälle der mündlichen Willensübermittelung aufzufindenden Regeln zu beurteilen.

Nach Dernburg[23]) und Planck[24]) ist das entscheidende nicht, dass der Adressat in den Besitz des an ihn gerichteten Schreibens gesetzt ist; beide äussern sich nicht darüber, ob der Besitzerwerb am Schriftstück zur Verwirklichung des Zugehens erforderlich sei, sie betonen vielmehr nur, dass er nicht in jedem Falle ausreichend sei. Dies ist entschieden richtig; denn natürlich kann der Besitzerwerb am Schriftstück immer nur das Mindesterfordernis für das Zugehen darstellen. Hinzukommen muss nach dem früher Gesagten noch, dass er in einer Weise erfolgt, die den Empfänger bei regelmässigem Verlauf der Dinge in den Stand setzt, sich mit dem Inhalt des Schreibens bekannt zu machen[25]).

Nach diesen Ausführungen können wir einer Definition des Zugehens für den Fall der schriftlichen

23) a. a. O. S. 398.

24) a. a. O. S. 234.

25) Vgl. hierzu Endemann I S. 312, insbesondere Anm. 20 zu § 66.

Übermittelung von Willenserklärungen die folgende Fassung geben:

> »Zugegangen ist eine Willenserklärung in dem Momente, wo das sie enthaltende Schriftstück dergestalt in den Besitz des Adressaten gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann«[26]).

Zweiter Abschnitt:

Verwertung der aufgestellten Definition und Prüfung derselben auf ihre Brauchbarkeit.

§ 10.

Nach der hier gegebenen Auslegung ist für das Zugehen einer schriftlichen Willenserklärung der Besitzerwerb am Schriftstück unter allen Umständen erforderlich. Von einem Zugehen kann darum im allgemeinen dann nicht gesprochen werden, wenn die mit der Übermittelung betraute Person weder den Adressaten selbst noch sonst jemanden antrifft, an den diese das Schreiben mit Wirksamkeit bestellen könnte. Gleichgültig ist es überdies, ob der Besitzerwerb aus Gründen unterbleibt, die in der Person des Empfängers liegen oder ob der Nichteintritt dem Absender bezw. den Organen zur Last fällt, deren er sich zur Übermittelung der Willenserklärung bedient hat.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Bote den Destinatär zwar antrifft, dieser jedoch die Annahme

26) So Titze a. a. O. S. 387.

des dargebotenen Schriftstücks verweigert? Soweit die Frage in der Literatur berührt wird, geht die Meinung dahin[1]), dass die Annahmeverweigerung der Vollendung des Zugehens nicht im Wege stehe und zwar dürfte der leitende Gerichtspunkt in dem Wunsche der genannten Schriftsteller zu finden sein, den Absender nicht den Launen des Adressaten preiszugeben. Allein nach unserer Begriffsbestimmung ist diese Frage, bei der es sich lediglich darum handelt, ob eine Erklärung dem Gesetzbuche zufolge zugegangen ist, prinzipiell zu verneinen, da der dem Empfänger angetragene Erwerb der tatsächlichen Gewalt unterblieben ist, mithin das Mindesterfordernis für den Begriff des Zugehens, der Besitzerwerb, fehlt.

Die weitere Frage, wie sich da, wo der Adressat das Zugehen der Willenserklärung vereitelt hat, dem Absender in gesetzlicher Weise helfen lässt, ist getrennt von der hier aufgeworfenen zu beantworten und ist weiter unten einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

Dagegen ist daran festzuhalten, dass der Empfang das Mindesterfordernis ist und ohne denselben von einem Zugehen nicht gesprochen werden kann, dass jedoch von einem Empfang dann nicht die Rede sein kann, wenn der angetragene Erwerb mit Erfolg unterblieben ist. Richtig ist zwar, dass für den Begriff des Zugehens auf Seiten des Adressaten ein auf den Empfang gerichteter Wille nicht erforderlich ist, dass demnach der Wirksamkeit einer Willenserklärung beispielsweise dann nichts im Wege steht, wenn es dem

1) So Hölder a. a. O. S. 292; Rehbein a. a. O. S. 123; Cosack a. a. O. S. 180; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 170.

Absender gelingt, den Empfang des Schreibens seitens des Destinatärs ohne oder gar gegen dessen Willen tatsächlich durchzusetzen, allein wenn letzterer sich dem Empfange mit Erfolgt widersetzt, wenn er denselben faktisch zu vereiteln gewusst hat, so kann nach der Empfangstheorie von einem Zugehen keine Rede sein.

Ging die Weigerung nicht vom Adressaten selbst, sondern von einer für ihn handelnden Person aus, so kann es keinen Unterschied machen, ob sie mit oder gegen seinen Willen geschah. Hat z. B. die Ehefrau des Mieters einen Kündigungsbrief zurückgewiesen, so hat sie damit dessen Zugehen für den Augenblick jedenfalls vereitelt, einerlei, ob ihr Verhalten mit dem Willen ihres Mannes in Einklang oder in Widerspruch stand[2]).

Von einem Besitzerwerb seitens des Adressaten wird man auch dann nicht sprechen können, wenn dieser dem Überbringer das Schreiben zwar abnimmt, es ihm aber, nachdem er nachgesehen, was es darstellt bezw. von wem es kommt, sofort ungeöffnet wieder zurückgibt und dadurch den Erwerb der tatsächlichen Gewalt ausdrücklich ablehnt. Zwar ist sicher, dass nach B.G.B. für den Erwerb des Besitzes der Wille, Besitzer zu werden, nicht mehr erforderlich ist. Auch ohne solchen Willen ist der Besitz erworben, wenn die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt ist. Aber die Frage, ob diese erlangt ist, wird sich vielfach nur beantworten lassen durch ein Zurückgehen auf die Absichten desjenigen, um dessen Besitzerstellung es sich handelt[3]).

2) Vgl. Urteil des Landgerichts Hamburg im »Recht« Bd. 5 S. 495 und Hans. Gerichtszeitung 1901 S. 131.

3) So auch Strohal in Jehr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 67 ff.

Wenn auch der Adressat durch Annahmeverweigerung das Zugehen zu verhindern imstande ist, so steht trotzdem der Absender, der ja in der Mehrzahl der Fälle an dem rechtzeitigen Wirksamwerden der Willenserklärung ein erhebliches Interesse hat, ihm gegenüber nicht gänzlich schutzlos da. Die Rechtsordnung sorgt, wie wir noch sehen werden, in gewissem Umfange dafür, dass er nachträglich die Willenserklärung zur Wirksamkeit bringen kann. Der Einwand, dass bei dieser Lösung immerhin noch etwas von Unbilligkeit für den Absender übrig bleibt, ist aus logischen Gründen zurückzuweisen und kann darum nicht dazu führen, den hier vertretenen Standpunkt aufzugeben Die vermeintliche Unbilligkeit, die hier für den Absender besteht, würde auch dadurch nicht beseitigt werden, dass man sich der gegenteiligen Ansicht anschliesst, derzufolge die Annahmeverweigerung dem Zugehen nicht im Wege steht. Die gleichen Härten, die scheinbar im ersten Falle für den Absender bestehen, würden sich hier für den Empfänger ergeben, es müsste denn sein, dass man in jedem Falle der Annahmeverweigerung bei dem Adressaten ein doloses oder chikanöses Handeln annehmen wollte, deren Ignorierung durch das Recht er sich gefallen lassen müsste. Diese Vermutung müsste jedoch als unzutreffend und durchaus unbillig bezeichnet werden; denn es gibt zweifelsohne eine ganze Reihe von Fällen, in denen der Adressat in gutem Glauben handelt, in denen es also der Billigkeit nicht entspräche, wenn man die Interessen des Absenders einseitig ins Auge fassen würde.

Daraus erhellt, dass die von der herrschenden Meinung aufgestellte dehnbare Begriffsbestimmung im

Falle der Annahmeverweigerung eine klare und zweifelsfreie Rechtslage nicht schafft, dass man vielmehr einen sicheren Anhaltspunkt für die Entscheidung zweifelhafter Fälle nur dann bekommt, wenn man an dem Moment des Besitzerwerbes als dem Mindesterforderenis des Zugehens festhält.

§ 11.

Der Eintritt der Erklärung in die äussere Machtsphäre des Destinatärs genügt jedoch nicht[1]), der Besitzerwerb als solcher bringt vielmehr das Zugehen erst dann zur Vollendung, wenn dadurch unter normalen Verhältnissen für den Adressaten die Möglichkeit begründet ist, von seinem Inhalte Kenntnis zu nehmen. Es ist demnach eine Erklärung im Momente des Besitzerwerbes nicht zugegangen, wenn der bestellende Bote, der die Eingangstüre verschlossen findet, das Schriftstück durch das offenstehende Fenster in das Zimmer des Adressaten gelangen lässt. Denn man kann es unmöglich als das »Normale« bezeichnen, dass jemand von einem Briefe, den ein anderer ohne sein Wissen in sein Zimmer gebracht hat, sofort Kenntnis erhält, zumal wenn man bedenkt, dass das Schriftstück durch das Einwerfen an einen Platz, z. B. in den direkt hinter dem Fenster stehenden Papierkorb, zu liegen kommt, an dem man Briefe nicht zu suchen pflegt.

Dieser Standpunkt wird im wesentlichen geteilt von Planck[2]), Dernburg[3]), Endemann[4]) und Isay[5]).

1) So auch Fritze a. a. O. S. 214 ff.; Isay a. a. O. S. 91.
2) a. a. O. S. 234.
3) a. a. O. S. 398.
4) a. a. O. S. 312 u. 20.
5) a. a. O. S. 91.

Hölder[6]) meint zwar auch, dass der weder mit meinem Willen noch mit meinem Wissen in meine Rocktasche gesteckte Brief mir nicht zugegangen ist; er schränkt aber den hier vertretenen Standpunkt insofern ein, als er ein in den Garten geworfenes oder ein an die Klingel oder an den Türgriff gebundenes bezw. in den Türspalt gestecktes Schriftstück unter Umständen als zugegangen gelten lassen will, nämlich dann, wenn die Wohnung verschlossen vorgefunden wird ohne die Existenz einer Einrichtung zur Niederlegung von Frklärungen und ohne Vorkehrung der Möglichkeit, dem Bewohner auf anderem Wege Mitteilungen zukommen zu lassen. Und zwar soll sich hier das Zugehen deshalb vollenden, weil der geringere Grad von Sicherheit genügen müsse, wenn aus Gründen, die in der Person des Adressaten liegen, der nach der Regel des Lebens erforderliche höhere Grad derselben nicht zu erreichen ist. Wenn man jedoch daran festhält, wie das auch Hölder im übrigen tut, für den Begriff des Zugehens die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme zu fordern, dann muss diese auch wirklich gegeben sein, wenn anders jener Begriff erfüllt sein soll. Allein Anheften von Schriftstücken an Türpfosten, bezw. Anbinden an Türklingeln begründet nach der Auffassung des Verkehrs solche normale Möglichkeit nicht, da hier die Kenntnisnahme von jedem Dritten willkürlich vereitelt werden kann.

Hat jedoch der Adressat das auf so anormale Weise in seinen Gewahrsam gekommene Schreiben später tatsächlich gefunden, so ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme nunmehr begründet, die Be-

6) a. a. O. § 130 unter 3 und Deutsche Jur.-Zeitung 1901 S. 341 ff.

dingungen, von denen das Zugehen abhängig ist, sind mithin erfüllt, so dass das Schreiben als in diesem Momente zugegangen angesehen werden muss. Dabei muss hervorgehoben werden, dass von einem Finden des Briefes nur dann gesprochen werden kann, wenn der Adressat das ohne sein Wissen in sein Zimmer gelangte Schreiben als an ihn gerichtet erkannt hat, dass darum von einem Zugehen dann nicht die Rede sein kann, wenn der Adressat beim Betreten seines Zimmers unter seinem Schreibtisch ein Stück weisses Papier liegen sieht, das er für einen aus dem Papierkorb verschleppten, wertlosen Zettel hält und von seinem Diener in den Ofen werfen lässt.

Entgegen dieser Ansicht meint Dernburg, dass das auf anormale Weise in den Besitz des Empfängers gelangte Schriftstück diesem nicht schon dadurch zugeht, dass er es später entdeckt, sondern erst dadurch, dass er von seinem Inhalte Kenntnis nimmt. Darnach würde ein dem Adressaten heimlicherweise in seinen Überzieher gesteckter Brief den Zugang nicht gefunden haben, wenn der Empfänger, zu Hause angelangt, den Brief zwar aus der Tasche zieht, ihn aber ungelesen wieder ins Feuer wirft, gleichgültig, ob er denselben für ein Stück wertloses Papier hält oder ob er in Ahnung dessen, was er enthält, von seinem Inhalt keine Kenntnis nehmen will. Nicht zugegangen wäre ferner ein Schreiben, welches durch das offene Fenster in ein Zimmer oder in den Hof oder Garten des Adressaten geworfen würde und es dieser zwar aufnimmt, aber ungelesen wieder hinauswirft; denn solches unkommentmässiges[7])

7) So Dernburg, bürg. R. Bd. I 1902 S. 399.

Verhalten brauche man sich als Briefempfänger nicht gefallen zu lassen. Allein in dem Momente, wo jemand das an ihn gerichtete Schreiben in Händen hält, sind die Merkmale des Zugehens, die ausschliesslich nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen sind, gegeben, das Zugehen ist ohne Rücksicht darauf, ob den Absender der Vorwurf der Unkommentmässigkeit trifft oder nicht, erfolgt.

Wenn hier der Standpunkt vertreten wird, dass ein auf anormale Weise in den Machtbereich des Adressaten gelangtes Schriftstück demselben in dem Augenblicke zugeht, wo er es nachträglich entdeckt, so ist damit natürlich nicht gesagt, dass die auf diese Weise zugegangene Willenserklärung unter allen Umständen sich als wirksam darstellt. Ihre Unwirksamkeit kann beispielsweise eintreten wegen Fristablaufs, wenn der Adressat das Schriftstück zu spät auffindet oder, wie wir unten noch sehen werden, wegen des entgegenstehenden Willens des Absenders. Ausserdem können die Verhältnisse, unter denen der Adressat den Brief auffindet, so gelagert sein, dass die Ernstlichkeit des rechtsgeschäftlichen Willens des Gegners zweifelhaft erscheint, weil der Wille in einer Weise erklärt worden ist, der nach den Umsänden des Falles und den Erfahrungen des Verkehrs den Schluss auf einen bestimmten Willen nicht gestattet. Ein solches Schreiben trägt nicht den Charakter einer Willenserklärung im Rechtssinne an sich, es muss daher der rechtsgeschäftliche Wille des Gegners, selbst wenn er vorhanden ist, unbeachtet bleiben; denn da Wille und Erklärung ebenbürtige Faktoren im Tatbestande des Rechtsgeschäftes sind, so kann unmöglich eine Willenserklärung gültig sein, bei der

zwar der rechtsgeschäftliche Wille da ist, derselbe aber in einer Weise erklärt wird, die den rechtsgeschäftlichen Ernst nicht erkennen lässt. Die vermeintliche Willenserklärung ist in solchen Fällen nichtig, nicht deshalb, weil sie nicht zugegangen ist, sondern weil der Erklärende von vorneherein ein untaugliches Erklärungsmittel gewählt hat.

§ 12.

Die Frage, ob eine Willenserklärung zugegangen ist und die andere, ob ein taugliches Erklärungsmittel gewählt worden ist, haben begrifflich nichts mit einander zu tun, während Riezler[1]) findet, dass sie trotz ihrer Verschiedenheit in einem engen Zusammenhange stehen. In einem engen Zusammenhange stehen beide Fragen nur insoferne, als es für die Wirksamkeit eines empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes sowohl erforderlich ist, dass der Wille in tauglicher Form, wie dass er dem andern gegenüber erklärt wird. Allein obwohl diese Erfordernisse für die Entstehung einer wirksamen Willenserklärung unentbehrlich sind, so stehen sie immerhin begrifflich selbständig nebeneinander. Es ist darum nicht richtig, wenn Riezler die Frage, ob die von einem Gutsbesitzer seinem Knechte in einem französich geschriebenen Briefe erklärte Kündigung wirksam sei, für eine Frage des Zugehens erklärt. Zugegangen ist der Kündigungswille des Gutsherrn dem Knechte zweifellos, wenn dieser den französischen Brief in der Hand hält. Aber fraglich ist es, ob der Kündigungswille in einer den Anforderungen des Rechts entsprechenden

1) a. a. O. S. 382.

Weise zum Ausdruck gebracht worden ist. Und ebensowenig handelt es sich um eine Frage des Zugehens, sondern wiederum um eine solche nach der Tauglichkeit des Erklärungsmittels in dem Falle, dass jemand eine empfangsbedürftige Willenserklärung in der Form eines Zeitungsinserates abgibt[2]), A macht etwa dem B eine Offerte dadurch, dass er eine entsprechende Annonce in die von letzterem gehaltene Zeitung einrücken lässt. Dass hier die vermeintliche Willenserklärung dem B mit dem Momente, wo er das Inserat in der Zeitung findet, zugegangen ist, wird man nicht leugnen können. Allein die andere Frage, ob hier der rechtsgeschäftliche Wille in zulässiger Weise erklärt worden ist, wird nur in dem Ausnahmefalle zu bejahen sein, dass die Parteien diese Form der Willenserklärung zuvor ausdrücklich vereinbart hatten, im Prinzip wird man sie im Gegensatz zu Hölder verneinen müssen. Und ebenso genügt daher eine Erklärnng nicht, die nach den Umständen dem Adressaten unverständlich bleiben muss, z. B. Erklärung in einer ihm fremden Sprache, Vorlegen einer Schrift, wenn er blind, gewöhnliche Rede, wenn er taub ist und keine sonstigen Hilfsmittel vorhanden sind.

§ 13.

Wählt jemand zur Übermittelung eines Briefes das Verkehrsmittel der Post, so wird die in demselben niedergelegte Erklärung dann wirksam, wenn der Brief dem Destinatär oder einer zur Entgegennahme berechtigten Person übergeben ist. Damit ist die normale Möglichkeit, von seinem Inhalt Kenntnis zu

2) vgl. hiezu Hölder, Deutsche Jur.-Zeitung Bd. 6 S. 342.

nehmen, begründet, die Willenserklärung demnach zugegangen. Was nun folgt, insbesondere das Lesen des Briefes, ist nicht mehr Tätigkeit des Absenders; er hat ja das seinerseits Erforderliche getan. Dagegen wäre es verkehrt, die Willenserklärung schon von dem Momente an wirken zu lassen, in dem der Brief zur Post gegeben ist, da hier die Tätigkeit des Absenders noch nicht vollendet ist; denn der Absender bedient sich der Post zur Erklärung, nicht der Gegner zur Empfangnahme.

Häufig benützt man im Leben Postsendungen zugleich zur Mitteilung von Willenserklärungen. Stellt die Zusendung des Packets, wie man es im Verkehrsleben nicht selten einzurichten pflegt, selbst eine konkludente Willenserklärung dar, so geht die durch das Packet verkörperte Erklärung dem Adressaten selbstverständlich in dem Augenblicke zu, wo ihm das Packet zugeht. Schwierigkeiten über den Zeitpunkt des Zugehens können sich aber dann ergeben, wenn die Erklärung in einem Briefe niedergelegt ist und dieser einem an den Adressaten gerichteten Postgute beigelegt wird. Es erhebt sich die Frage, ob dann gleichzeitig mit dem Packet auch die in ihm enthaltene Willenserklärung zugegangen ist. Diese Frage wird man richtigerweise je nach Lage der Dinge verschieden beantworten müssen. Wenn Endemann[1]) dieselbe offenbar schlechthin verneint, so ist dies ebenso unrichtig, als wenn man sie schlechthin bejahen wollte. Der Adressat hat mit dem Empfang des Packets oder der Kiste zweifellos den Besitz am Briefe erworben, allein es fragt sich, ob dieser Be-

1) a. a. O. S. 311.

sitzerwerb ein derartiger ist, dass er normaler Weise die Möglichkeit der alsbaldigen Kenntnisnahme seines Inhalts begründet. Da sich nicht von allen Kisten und Packeten sagen lässt, dass sie unter gewöhnlichen Umständen sofort nach ihrer Ankunft vom Empfänger geöffnet werden, so wird, will man das Zugehen der darin enthaltenen Erklärung in den Moment der Ankunft des Packets verlegen, die allein massgebende und ausschlaggebende Bedingung die sein, dass es sich um Sendungen handelt, von denen der Absender bei normalem Verlaufe der Dinge erwarten konnte, dass sie sofort nach ihrem Eintreffen vom Empfänger aufgemacht werden, wobei vorausgesetzt werden muss, dass der Brief eine solche Lage im Packet erhalten hat, dass er demjenigen, der es öffnet, ohne weiteres in die Augen fällt.

In den Fällen hingegen, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird man von einer Vollendung des Zugehens erst in dem Augenblicke sprechen können, wo der Adressat das Schreiben in der Kiste findet.

Einige Beispiele mögen hier zum besseren Verständnis beitragen. Nehmen wir an, ich habe meinen Schneider beauftragt, mir an einem bestimmten Tage bis zu einer bestimmten Stunde meinen schwarzen Anzug zuzusenden mit der ausdrücklichen Betonung, dass ich ihn noch am gleichen Tage zum Examen benötige. Der Schneider, der gleichzeitig mein Vermieter ist, kommt diesem Auftrage pünktlich nach und legt dem Packet, in dem er mir die Kleider zuschickt, zugleich einen Brief bei des Inhalts, dass er mir die Wohnung kündige. Sollte ich nun das Packet nicht unmittelbar nach seiner Ankunft öffnen, weil

sich etwa mein Examen um einige Tage hinausgeschoben hat oder sollte ich wegen Rücktritts vom Examen gar verreist sein und den Brief erst einige Wochen später bei meiner Rückkehr vorfinden, so würde nichtsdestoweniger die Kündigung bereits mit der Ankunft des Packets zugegangen und vorausgesetzt, dass sie an diesem Tage rechtzeitig erklärt war, wirksam geworden sein. Denn mein Vermieter durfte normalerweise davon ausgehen, dass ich das Packet unmittelbar nach seinem Eintreffen öffnen würde und die aussergewöhnlichen Umstände, die das verhinderten, können nicht in Betracht gezogen werden.

Verkehrt wäre es, wollte man gegen die Entscheidung einwenden, dass ja in unserem Falle die in dem Packet verborgen gewesene Erklärung mit dessen Inhalt in gar keinem inneren, sachlichen Zusammenhange gestanden habe; denn das ist nicht das ausschlaggebende Moment. Nicht darauf kann es ankommen, ob der Adressat nach dem Inhalt, den er in dem Packet vermutete, eine Willenserklärung der betreffenden Art erwarten musste, sondern darauf, ob der Absender mit der sofortigen Oeffnung des Packets rechnen durfte, und dieses Erfordernis trifft im vorliegenden Falle zu. Ebenso kann auch daraus kein Einwand hergeleitet werden, dass man sich nach der Gewohnheit des Lebens, wenn man verreist, zwar Briefe, Postkarten usw., nicht aber auch Packete nachschicken lässt. Denn die für die Vollendung des Zugehens ausschlaggebende normale Möglichkeit der Kenntnisnahme hat es nicht mit dem Ausnahmefall zu tun, dass der Adressat verreist ist, sondern eben mit dem Normalfall, dass er zu Hause weilt; unter

dieser normalen Veraussetzung muss ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft sein.

Anders würde der folgende Fall zu beurteilen sein. Es bestellt jemand in einer Weinhandlung eine Sendung Wein mit dem Bemerken, er benötige denselben zur Feier eines Familienfestes, das an einem bestimmten Tage stattfindet. Der Beauftragte schickt denselben nicht, wie es der Auftraggeber nach dem Inhalte seiner Bestellungserklärung erwartete, unmittelbar vor diesem Termine, sondern bereits 3 Wochen vorher und legt oben auf die Frachtkiste einen Brief, in dem er um Begleichung der der letzten Sendung beigelegten, von dem Empfänger noch nicht bezahlten Rechnung bittet. Der Adressat stellt jedoch die Kiste nach ihrer Ankunft wegen Platzmangels in seiner eigenen Wohnung in einen Kellerraum seines Nachbarn und lässt die Kiste dort stehen, bis er den Wein benötigt. Es ist daher anzunehmen, dass die in der Kiste brieflich niedergelegte Mahnung nicht schon mit der Ankunft der Kiste zugegangen ist, sie ist es vielmehr erst dann, wenn der Brief beim Oeffnen zum Vorschein kommt. Bis dahin hatte sein Besitz dem Adressaten die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme noch nicht verschafft. Der Käufer wäre also nicht etwa schon mit dem Tage der Ankunft in Verzug gesetzt.

§ 14.

Nach der oben aufgestellten Definition ist der Begriff des Zugehens am zweifellosesten dann gegeben, wenn das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück dem Adressaten persönlich ausgehändigt wird, da hier Besitzerwerb und Möglichkeit der Kenntnis-

nahme unter allen Umständen vorliegen. Unrichtig ist daher die Meinung Rieglers[1]), dass die Uebergabe das Zugehen dann nicht begründe, wenn der Erklärende wisse, dass der Empfänger infolge einer Augenentzündung Geschriebenes nicht zu lesen vermöge; denn der anormale Gesundheitszustand des Empfängers hat, ohne darin etwa eine unbillige Benachteiligung desselben erblicken zu können, ausser Betracht zu bleiben, er kann ja andere bitten, ihm den Inhalt des Schriftstückes vorzulesen. Es muss betont werden, dass es für die Vollendung des Zugehens nicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter den »konkreten«, sondern unter »normalen« Umständen ankommt.

Allein in dieser Weise gehen nur die wenigsten Willenserklärungen zu; an die Stelle der persönlichen Entgegennahme tritt im Verkehr häufig das Einwerfen des Briefes in den zu diesem Zwecke angebrachten Briefkasten. Ist auf demselben vermerkt, dass er nur zu bestimmten Zeiten ausgenommen werde, so ist naturgemäss der eingeworfene Brief erst zu dieser Zeit als zugegangen anzusehen. Findet sich dagegen ein solcher Vermerk nicht vor, so ist nach der herrschenden Meinung[2]) der Brief in dem Moment, wo er hineingelegt wird, dem Adressaten auch zugegangen. Dass damit die in demselben enthaltene Willenserklärung rechtswirksam geworden ist, unterliegt keinem Zweifel; denn in dem Augenblicke des Einwurfs erwirbt der Empfänger nicht allein den Be-

1) a. a. O. S. 383.

2) vgl. Planck a. a. O. S. 234; Hölder a. a. O. S. 292; Cosack a. a. O. S. 180; Endemann a. a. O. S. 312 A. 20; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 170; Isay a. a. O. S. 92.

sitz, sondern normalerweise auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Die Wirksamkeit der Willenserklärung kann in diesem Falle auch dadurch nicht hinausgeschoben werden, dass der Empfänger im konkreten Falle zufolge besonderer Hinderungsgründe vorläufig keine Kenntnis von ihr nehmen kann, selbst dann nicht, wenn er infolge eines Zufalls niemals Kenntnis von ihr erhält, der Brief wird beispielsweise unmittelbar nach seinem Einwurf in den Kasten von dritten Personen gestohlen[3]). Denn die Erklärung wird nach § 130 B.G.B. schon in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem dem Adressaten die Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt wird, nicht erst dann, wenn sich diese Möglichkeit realisiert oder unter regelmässigen Umständen realisiert hätte.

Der hier aufgestellte Grundsatz bedarf indessen einzelner in der Natur der Sache liegender Einschränkungen. Vorausgesetzt wird, dass der Einwurf zu einer Zeit erfolgt, zu der nach der besonderen, kundgegebenen Bestimmung des Adressaten oder nach der Regel des Lebens Briefkästen geleert zu werden pflegen. Erfolgt der Einwurf des Schriftstückes z. B. nachts um 12 Uhr, so wäre es unbillig, wollte man dem Adressaten in allen Fällen ohne weiteres zumuten, dass er die darin enthaltene Erklärung schon von dieser Zeit an gegen sich gelten lassen muss, das Schriftstück hat vielmehr im allgemeinen seinen Zugang erst am nächsten Morgen mit der Stunde gefunden, zu welcher der Verkehrssitte gemäss Briefkästen geleert zu werden pflegen; denn erst jetzt ist

3) vgl. Seufferts Archiv Bd. 42 No. 191.

dem Empfänger normaler Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft. Dies würde jedoch dann nicht zutreffen, wenn der Adressat nachweislich früher von dem Inhalt Kenntnis nimmt, dadurch etwa, dass das nächtlicherweise in seinen Besitz gelangte Schriftstück noch in der Nacht aus dem Briefkasten herausgenommen wird. Dasselbe ist dann schon jetzt zugegangen und ein am nächsten Morgen erfolgender Widerruf könnte der darin enthaltenen Erklärung die Wirksamkeit nicht mehr nehmen, wie andrerseits auch der Empfänger von diesem Moment an an dieselbe gebunden ist.

Beweisschwierigkeiten werden sich vielfach für den Fall ergeben, dass der Absender, der naturgemäss die Beweislast zu tragen hat, seiner Willenserklärung einen Widerruf hat nachfolgen lassen. Es findet z. B. der Adressat gleichzeitig in dem Briefkasten eine Anfechtungserklärung und ein dieselbe widerrufendes Telegramm vor. Die Gültigkeit des Widerrufs hängt nach § 130 S. 2 B.G.B. davon ab, dass das Telegramm vor oder spätestens gleichzeitig mit dem Briefe in den Kasten gelegt worden ist. Ob dies aber der Fall gewesen ist, wird sich häufig nur sehr schwer ermitteln lassen, da der Empfang mittels des Briefkastens sich meistens in aller Stille und ohne Beisein irgend eines Menschen vollzieht. Oder man denke, dass der Briefträger dem ihm zufällig auf der Strasse begegnenden Adressaten eine Postkarte aushändigt, und letzterer dann, wie er nach Hause kommt, im Briefkasten ein den Inhalt dieser Karte widerrufendes Telegramm entdeckt. Es wird unter Umständen nur schwer nachzuweisen sein, ob dieses schon im Briefkasten lag, als der Adressat vor einer

Viertelstunde das Schreiben in Empfang nahm oder ob es erst später hineingelegt worden ist.

§. 15.

Häufig bedient man sich zur Übermittelung von Willenserklärungen eines Boten; dieser entledigt sich in einer grossen Anzahl von Fällen des ihm anvertrauten Schreibens in der Weise, dass er der ihm an der Wohnung des Adressaten öffnenden Person dasselbe in die Hand gibt. Dann hat der Zugang schon in diesem Momente stattgefunden, vorausgesetzt, dass der Brief der betreffenden Person vom Boten wirklich ausgehändigt worden ist. Denn in dem Augenblicke, wo die im Haushalte des Empfängers tätige Person, z. B. die Hausdame des Adressaten, die Ehefrau bei vorübergehender Abwesenheit, das Schriftstück dem Boten abnimmt, erwirbt jener sowohl den unmittelbaren Besitz an dem Schreiben, als auch unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme, indem in der Regel davon ausgegangen werden kann, dass dem Empfänger die Lektüre des Briefes nunmehr ohne weiteres offen steht. Es darf nicht übersehen werden, dass wir es in den genannten Personen mit einer Besitzdienerin im Sinne des § 855 B.G.B. zu tun haben, die gar nicht selbst Besitzerin im Rechtssinne wird, sondern mit dem Erwerbe ihren Herrn zum Besitzer macht. Dieser ist, trotzdem er die tatsächliche Gewalt nur mittelbar hat, unmittelbarer Besitzer mit dessen voller Rechtsstellung. Diese Wahrheit ist in der gemeinrechtlichen Literatur nicht verkannt. Schon Bremer[1]) misst dem Besitz- und

1) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. Bd. 20 S. 42 und 47 ff.

Eigentumserwerbe durch Dienstboten direkte Wirkung für die Herrschaft bei, was auch Lenel[2]) billigt[3]).

Den gegenteiligen Standpunkt vertritt Thiele[4]), nach dem die Ausantwortung des Briefes an eine in der häuslichen Gemeinschaft mit dem Adressaten lebenden Person so zu behandeln sei, als ob das Kündigungsschreiben einem Boten übergeben wird; die in demselben enthaltene Kündigungserklärung sei deshalb erst dann als wirksam geschehen zu erachten, wenn die betreffende Person das Schreiben dem Adressaten übergeben habe. Die hierin zum Ausdruck gebrachte Behauptung, dass die Behändigung an eine solche Person die Behändigung an den Adressaten nicht ersetze, ist nur insofern haltbar, als es sich um Personen handelt, die den Empfänger offenbar in der Entgegennahme nicht zu vertreten befugt sind; denn um einen Brief, der an eine in der Wohnung des Adressaten befindliche Person abgegeben wird, schon mit der Übergabe an diese Person als zugegangen anzusehen, wird billigerweise gefordert werden müssen, dass diese Person zur Empfangnahme von Briefen für den Adressaten ermächtigt sei. Die Übergabe eines Briefes an solche Personen, selbst wenn sie sich in der Wohnung des Adressaten befinden, genügt natürlich erst recht nicht, wenn der Erklärende weiss, dass sie zur Empfangnahme von Briefen für den Adressaten nicht ermächtigt sind.

2) In Jehr. Jahrb. f. Dogm. B. 33 S. 53.

3) Analoge Entscheidungen finden sich bereits in den Pandekten. Eine ähnliche, abhängige Stellung wie eine Hausdame hatte in Rom der procurator κατ' ἐξοχήν; liess er sich im Auftrage seines Herrn Sachen tradieren, gleichgültig ob auf dessen oder im eigenen Namen, so erwarb nicht er, sondern der Herr (vgl. Lenel a. a. O. S. 80 ff.)

4) Arch. f. civ. Pr. Bd. 89 S. 138.

Nach der Auffassung des Verkehrs wird anzunehmen sein, dass Dienstboten und andere zu dem Haushalte des Adressaten gehörende Personen zur Empfangnahme solcher Erklärungen ermächtigt seien. Unter die zur Annahme berechtigten Personen sind ausser dem Dienstpersonal des Adressaten ohne Zweifel auch die mit ihm in Hausgemeinschaft lebenden Familienangehörigen zu rechnen, es ist demnach ein Brief dem Adressaten dann zugegangen, wenn dessen Ehefrau dem Briefträger öffnet und ihm denselben abnimmt; ja selbst dann haben die Willenserklärungen ihren Zugang gefunden, wenn eine beim Adressaten sich besuchsweise aufhaltende Person oder ein in seiner Wohnung zufällig beschäftigter Handwerker den Brief in Empfang nimmt. Hier wird mit der Abnahme des Schriftstücks das Zugehen zur Vollendung gebracht. Diesen Standpunkt teilt auch das Reichsgericht[5]).

Kommt der Brief, bis der zur Zeit des Zugangs zufällig abwesende Adressat nach Hause zurückkehrt, abhanden, so kann dadurch richtigerweise die einmal gegebene Tatsache, dass die Erklärung ihm zugegangen ist, nicht ungeschehen gemacht werden[6]).

5) Entsch. Bd. 50 S. 192 ff. Im gegebenen Falle ist das in einem Briefe an den Kläger gerichtete Vertragsangebot des Beklagten der Wohnungswirtin des Klägers in deren Wohnung morgens übergeben worden, während ihr Mietsherr, ein Arbeiter, bereits fortgegangen und seine Rückkehr vor Abends nicht zu erwarten war. Da nun unbedenklich angenommen werden könne, dass die Wirtin zur Empfangnahme von Briefen für ihren Mieter befugt sei, so müsse davon ausgegangen werden, dass das in dem Brief enthaltene Vertragsangebot dem Kläger schon am Morgen zugegangen und somit der Beklagte mit diesem Zeitpunkte an sein Angebot gebunden sei.

6) a. a. O. S. 334.

Ist die Willenserklärung dem Adressaten einmal zugegangen, so vermögen normaler Weise auch der Tod oder die etwa eintretende Geschäftsunfähigkeit des Adressaten an ihrer Wirksamkeit nichts mehr zu ändern.

Der Erfolg des Zugehens tritt selbst in denjenigen Fällen ein, in denen die das Schriftstück entgegennehmende Person nicht die Absicht hat, den Besitz für den Adressaten zu erwerben, wenn beispielsweise der Hausbursche sich vom Briefträger einen an seine Herrschaft gerichteten Brief aushändigen lässt, aber nicht in der Absicht, denselben an diese abzuliefern, sondern um ihn zu unterschlagen; denn die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme wird durch das anormale Verhalten des Hausburschen nicht berührt. Dasselbe würde dem Zugehen des Briefes nur dann entgegenstehen, wenn der Adressat den unmittelbaren Besitz am Schriftstücke nicht erwürbe. Dieser Besitzerwerb findet aber zweifellos statt, weil der Adressat, trotzdem er die tatsächliche Gewalt nur mittelbar hat, unmittelbarer Besitzer mit dessen voller Rechtsstellung geworden ist; denn der Hausbursche ist nur Besitzdiener, unselbständiger Detentor nach §. 855 B.G.B. im Gegensatz zum Besitzmittler oder selbständigen Detentor [7]). Der Adressat müsste demnach die in dem Schreiben enthaltene Willenserklärung selbst dann gegen sich gelten lassen, wenn er

---

7) vgl. Protokolle Bd. 3 S. 36, ferner die Kommentare zum Sachenrecht von Planck-Greif Bd. 3 (3. Aufl.) S. 37; Biermann (2. Aufl.) S. 11; Kober (2. Aufl.) S. 14; Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 (3. Aufl.) § 20 S. 66.

dasselbe infolge der Unredlichkeit einer in seinem Haushalt tätigen Person niemals zu sehen bekäme [8]).

Erforderlich ist nur, dass der Brief von der dritten Person auch wirklich im Haushalte des Adressaten entgegengenommen wird, die Übernahme des Schreibens muss in der Wohnung des Destinatärs erfolgt sein; denn nur in diesem Falle kann auf die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme geschlossen werden. Die Vorschrift des § 855 B.G.B. wird daher nicht immer auf Dienstboten und Gewerbegehilfen anzuwenden sein; denn der Besitz allein begründet nach der Auffassung des Verkehrs nicht immer die Möglichkeit, die betreffende Erklärung kennen zu lernen. So wird es z. B. nicht genügen, wenn der Brief an Personen der genannten Art an einem andern Orte als der Wohnung des Adressaten, z. B. auf der Strasse oder in einem Bierrestaurant zur Besorgung an den Adressaten übergeben wird. Zwar hat der Adressat schon jetzt den unmittelbaren Besitz am Schriftstück erlangt, aber die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist ihm erst verschafft, wenn die betreffende Person mit dem Schreiben nach Hause kommt [9]). Diese sind dann, wie Planck [10]) richtig meint, Boten des Erklärenden und die Erklärung wird erst wirksam, wenn der Brief von ihm an den Adressaten oder in dessen Wohnung abgegeben wird.

Es kann nun auch der Fall eintreten, dass der Bote die ihm anvertrauten Briefe zwar ausserhalb der

8) Im Ergebnis übereinstimmend Enneccerus a. a. O. S. 188 bei Anm. 7.

9) Derselben Ansicht Dernburg, bürg. Recht Bd. 1 S. 398.

10) a. a. O. S. 234.

Wohnung des Empfängers, aber doch innerhalb des Hauses, in dem letzterer wohnt, an dritte Personen abliefert, die nicht zum Haushalte des Betreffenden gehören. Nach dem eben ausgeführten ist klar, dass solche Briefe dem Adressaten nicht schon in dem Momente zugehen, wo sie der Dritte an sich nimmt, sondern erst, wenn er sie an den Adressaten abgibt, es übergibt beispielsweise der Briefträger, um sich die Treppen zu sparen, die für einen Bewohner des 2. Stockes bestimmten Briefe einem ihm im Hausflur begegnenden Bewohner des 3. Stockes mit der Bitte, sie in der 2. Etage in den Briefkasten zu werfen. Würde die beauftragte Person dies aus Vergesslichkeit unterlassen, so wäre die Willenserklärung in Ermangelung des Zugehens nicht wirksam geworden; denn selbst wenn man annimmt, dass der Adressat nach § 855 B.G.B. den unmittelbaren Besitz an dem Brief sofort mit seiner Übergabe an den Dritten erwirbt, so kann doch keine Rede davon sein, dass er normalerweise damit auch schon die Möglichkeit bekommt, von dessen Inhalt Kenntnis zu nehmen.

§ 16.

In den eben besprochenen Fällen, in denen die Ablieferung des Schreibens an die Hausangehörigen des Adressaten erfolgt, wird der Erfolg des Zugehens selbstverständlich nur dann herbeigeführt, wenn diese zu einer Zeit geschieht, wo normaler Weise die sofortige Weitergabe an den Destinatär erwartet werden kann. Eine feste Grenze, welche Zeit darunter zu verstehen sei, lässt sich schlechthin nicht ziehen, es ist hiebei vielmehr auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen und demgemäss wird diese Grenze im ein-

zelnen Falle bald weiter, bald enger zu ziehen sein. Ganz fehlt diese Voraussetzung zweifellos in der Nacht, tagsüber ist sie stets gegeben und auch für die Abendstunden wird sie in der Regel zutreffen. So hat auch das Landgericht Hamburg [1]) mit Recht entschieden, dass eine Kündigung, die $9^1/_2$ Uhr abends bewirkt wird, in einer Grossstadt nicht als gegen die Verkehrssitte verstossend angesehen werden kann. Im allgemeinen wird man gewiss sagen dürfen, dass um diese Zeit Willenserklärungen in der Wohnung des Empfängers wirksam abgegeben werden können.

In der Nacht wird von einem Zugehen schon aus dem Grunde nicht gesprochen werden können, weil hier die Abgabe in der Regel überhaupt nicht möglich ist. Aber selbst wenn die Ablieferung erfolgt sein sollte, der Bote übergibt beispielsweise den Brief dem auf dem Heimwege begriffenen Diener des Adressaten, so würde das Schreiben doch in diesem Momente noch nicht zugegangen sein, sondern erst, wenn am nächsten Morgen die Zeit gekommen wäre, wo normaler Weise Menschen aufzustehen und Briefe entgegenzunehmen pflegen. Würde also der Brief während der Nacht verloren gehen oder sonstwie abhanden kommen, so wäre sein etwaiger rechtsgeschäftlicher Inhalt unwirksam geblieben. Würde hingegen der Brief dem Adressaten noch in der Nacht ausgehändigt, so würde letzterer, wie wir oben bereits gesehen haben, die Erklärung schon von diesem Zeitpunkte an gegen sich gelten lassen müssen. Anderer Meinung ist Dernburg [2]), der in solchem Falle

1) Hanseat. Gerichtszeitung 1901 S. 131.

2) a. a. O. S. 399.

die Wirksamkeit erst in dem Zeitpunkte eintreten lassen will, wo der Adressat den Brief nachweislich gelesen hat.

§ 17.

Die hier aufgestellten Grundsätze finden analoge Anwendung auch in den Fällen, wo der Adressat in einem Erwerbsgeschäft tätig ist und das für ihn bestimmte Schreiben in das Geschäftslokal bestellt wird. Dieses ist, wenn es vom Adressaten nicht persönlich entgegengenommen wird, in dem Momente zugegangen, wo es im Geschäftslokal von einer daselbst angestellten Person abgenommen wird, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um eine auf das Erwerbsgeschäft bezügliche oder um eine Privatangelegenheit des Adressaten handelt. Keinen Unterschied macht es ferner, ob durch diese Übernahme für den Adressaten die sofortige Kenntnisnahme ermöglicht wird oder ob er zu dieser Zeit ausnahmsweise gar nicht im Geschäftslokal anwesend ist, vorausgesetzt wird vielmehr nur, dass diese während der ortsüblichen Geschäftszeit erfolgt; denn nur dann ist mit der Ablieferung an eine der gedachten Personen die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Adressaten begründet. Die Zeit wird hier im allgemeinen enger zu bemessen sein als in den oben besprochenen Fällen; massgebend ist, welches in einer bestimmten Stadt die allgemeine Geschäftszeit ist [1]). Deren Dauer ist natürlich nicht überall die gleiche. Es wäre zweifellos eine Erklärung dann nicht mit der Abgabe zugegangen, wenn der Bote um $^1/_2$10 Uhr abends das Geschäftslokal des Adressaten betritt und einem zu-

1) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 42 No. 191.

fällig dort weilenden Gehilfen das Schreiben übergibt, es müsste denn sein, dass dieser zur Empfangnahme desselben auch noch nach Geschäftsschluss ermächtigt gewesen wäre. Dann würde die Willenserklärung sofort wirksam geworden sein, nicht deshalb, weil sie noch am Abend dem Prinzipal, sondern weil sie seinem Vertreter zugegangen wäre und gemäss § 164 Abs. 3 B.G.B. der Prinzipal die diesem zugegangene Erklärung gegen sich gelten lassen müsste. Im andern Falle wäre jedoch das Schreiben erst am nächsten Morgen mit Beginn der üblichen Geschäftszeit zugegangen; zwar hat der Adressat auch hier schon am Abend vorher mit der Abnahme seitens des Gehilfen den Besitz am Schriftstück erworben, allein die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme war für ihn erst am nächsten Tage begründet.

Liegen die Verhältnisse so, dass ein Schreiben geschäftlichen Inhalts statt in das Geschäftslokal irrtümlicherweise in die Privatwohnung des Adressaten bestellt wird, so ist die in demselben enthaltene Erklärung nicht etwa schon in dem Momente zugegangen, wo das Schreiben an den Diener des Empfängers abgegeben wird. Das Zugehen wird mit der Abgabe nur dann vollendet, wenn diese ausserhalb der üblichen Geschäftszeit erfolgt, in den übrigen Fällen hingegen erst dann, wenn der Geschäftsmann nach Hause zu gehen pflegt, es müsste denn sein, dass er bei Abgabe des Briefes, also vor Schluss der Geschäftszeit, nachweislich zu Hause war. Denn die Abgabe von Geschäftsbriefen führt nur dann die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit das Zugehen herbei, wenn sie im Geschäftslokal des Adressaten erfolgt, indem es eben als das Regelmäs-

sige anzusehen ist, dass Gewerbetreibende tagsüber im Geschäfte weilen.

§ 18.

Ist der Adressat in den Besitz des an ihn gerichteten Schriftstückes gelangt, war für ihn die Möglichkeit der alsbaldigen Kenntnisnahme unter normalen Umständen begründet, so ist selbstverständlich eine wirksame Willenserklärung nur dann zugegangen, wenn der Besitzerwerb mit Willen des Absenders erfolgt ist. Hatte dieser z. B. von der Absendung des fertig geschriebenen Briefes aus irgend einem Grunde Abstand genommen und ist dieser dennoch durch das Eingreifen eines Dritten dem Adressaten in die Hände gekommen, dann ist diesem, weil hier der Absender einen Willen nicht erklären wollte, eine Willenserklärung auch nicht zugegangen. Der Grund ihrer Unwirksamkeit liegt also nicht sowohl im nicht erfolgten Zugehen als in dem Mangel des zu jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung erforderlichen Willens.

Ebensowenig ist eine Willenserklärung dann wirksam, wenn sie aus irgend welchem Grunde nicht dem, für den sie bestimmt ist, sondern einem Dritten zugeht; in diesem Falle ist der Absender, dessen Erklärung ja dem Adressaten nicht zugegangen ist, überhaupt nicht verpflichtet. Wird z. B. ein Telegramm, das ich an A. gerichtet, versehentlich für B. ausgefertigt, so dass dieser sich für den Beauftragten oder für den Empfänger hält, so wäre es verkehrt, wie Fleck [1]) meint, anzunehmen, dass hier § 120 B.G.B. in Anwendung kommen müsste. Diese Erklärung verpflichtet mich nicht; denn sie ist gar nicht dem zu-

1) Arch. f. bürg. Recht Bd. 15.

gegangen, an den sie gerichtet war, sondern einem Dritten. Sie war also so, wie sie übermittelt ist, nämlich mit Wirkung für den Dritten, gar nicht beabsichtigt, ist darnach nichtig, ohne dass es einer Anfechtung bedarf.

Welche Rechtswirkung tritt nun ein, wenn sich der Besitzerwerb durch den Adressaten zwar mit Willen des Absenders, jedoch in anderer Weise, namentlich zu einer anderen Zeit vollzieht, als es sich der Absender vorgestellt hatte?

Zunächst taucht die Frage auf, was Rechtens ist in dem Falle, wenn das Schriftstück früher ankommt. Dies ist in der Literatur, soweit sie sich mit dieser Frage beschäftigt hat, bestritten. Man hat für die Willenserklärung vielfach den Satz aufgestellt, dass sie auf dem vom Erklärenden gewählten Wege zugekommen sein müsse, dass also ihr Widerruf dann noch ein rechtzeitiger sei, wenn die Erklärung auf jenem Wege dem Empfänger noch nicht zugekommen wäre und nur auf einem anderen vom Erklärenden nicht gewollten Wege ihm zugekommen ist. Ist aber die Erklärung einmal abgegeben, so hat sie der Erklärende nicht mehr in seiner Gewalt und mit Recht meint Hölder [2]), dass die für sein Bewusstsein noch bestehende Möglichkeit ihrer Zurücknahme durch Gegenerklärung in Wirklichkeit dadurch ausgeschlossen sein kann, dass die erste Erklärung dem anderen Teile früher zugekommen ist, als der Erklärende voraussetzen konnte, so ist z. B., wenn ich einen Brief an eine entfernt wohnende Person auf die Post schicke im Bewusstsein, seinen Inhalt noch telegra-

2) Arch. f. die civ. Pr. Bd. 73 S. 78.

phisch widerrufen zu können, dieser Widerruf dennoch ausgeschlossen, wenn mein zur Post gehender Diener dem ihm bekannten Adressaten unterwegs begegnet und ihm nun den Brief persönlich aushändigt. Auch der vorzeitige Besitzerwerb hat dann zur Vollendung des Zugehens, also zum Wirksamwerden der in dem Schriftstück enthaltenen Willenserklärung geführt. Diese Auffassung wird namentlich geteilt von Zitelmann [3]), Crome [4]) und Goldmann-Lilienthal [5]).

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht Cosack [6]). Er ist der Meinung, dass ein Widerruf, der erst später beim Empfänger ankommt als die widerrufene Erklärung, dennoch wirksam sei, nämlich dann, wenn letztere Erklärung verfrüht angekommen ist. Die gegenteilige Ansicht gründet sich offenbar auf die Erwägung, dass der Absender durch eine vorschnelle Ankunft des Briefes eine Einbusse an seinem Widerrufsrechte erleide und dass darum der Zeitpunkt des Zugehens erst in den Moment verlegt werden dürfe, wo das Schreiben unter normalen Beförderungsverhältnissen an seine richtige Adresse gelangt sein würde. Diese Argumentation ist aber nicht stichhaltig. Das Widerrufsrecht findet seine juristische Rechtfertigung lediglich in dem Grundsatze: cuius est periculum, eius est commodum. Die Widerrufsmöglichkeit ist nur, wie Titze [7]) sich ausdrückt, eine Prämie für die Gefahrtragung; solange die Willenserklärung dem Empfänger gegenüber noch nicht wirksam

3) a. a. O. S. 122.
4) a. a. O. S. 393.
5) a. a. O. S. 171 Anm. 6.
6) a. a. O. S. 181.
7) a. a. O. S. 394.

geworden ist, soll auch der Erklärende an ihr nicht festgehalten werden und erst wenn jener sie gegen sich gelten lassen muss, soll auch er daran gebunden sein, sie stellt demnach keine selbständige Befugnis des Absenders dar, auf die er bis zu einem festen Zeitpunkte ein unentziehbares Recht hätte. Ist jedoch der Absender dadurch, dass der Adressat seinen Brief empfangen hat, die Gefahr der Übermittelung losgeworden, so ist auch die Möglichkeit, seine Willenserklärung zu widerrufen, erloschen. Dieses Ergebnis kann auch keineswegs als unbillig bezeichnet werden; denn die Rechtsordnung muss jedenfalls davon ausgehen, dass der normale Mensch Willenserklärungen nicht zu dem Zwecke abgibt, um sie im nächsten Augenblicke zu widerrufen, sondern dass sein Wille, sofort nachdem er erklärt worden ist, Wirksamkeit erlangt. Der Absender würde sich darum einen verfrühten Zugang selbst dann gefallen lassen müssen, wenn der Empfänger ihn absichtlich herbeigeführt hat, um sich vor einem etwa noch eintreffenden Widerrufe zu schützen. Nur dann, wenn der Adressat damit lediglich eine Schädigung des Erklärenden bezweckt hätte, wäre für diesen eine Schadensersatzklage aus § 826 B.G.B. begründet, die zur Folge haben würde, dass jener den an sich verspäteten Widerruf als einen noch rechtzeitig erfolgten gelten lassen müsste. Es kann jedenfalls ganz berechtigter Weise dem Erklärenden zugemutet werden, dass er im allgemeinen mit der Abgabe von Erklärungen solange wartet, bis er sich über das, was er erklären will, klar geworden ist. Zudem hat das Gesetzbuch da, wo es im Interesse des Absenders bzw. des Erklärungsempfängers angezeigt und geboten erscheint,

ohnedies schon ein über den Zeitpunkt des Zugehens hinaus sich erstreckendes Widerrufsrecht vorgesehen [8]).

§ 19.

Kommt das Schriftstück später, als der Absender dachte, in den Gewahrsam des Empfängers, so ist ebenfalls der Schluss nicht von der Hand zu weisen, dass wir es unter Umständen mit einer wirksamen Willenserklärung zu tun haben, dieselbe ist naturgemäss erst in diesem späteren Zeitpunkte zugegangen. Ob eine Kündigung, welche für den Zeitpunkt, für welchen sie zunächst berechnet war, als verspätet sich darstellt, dergestalt wirkungslos ist, dass sie auch für den nachfolgenden Termin nicht gilt, oder ob in der verspäteten Kündigung eine rechtzeitige Kündigung für den nächsten Termin sich finden lässt, ist jedenfalls eine nur nach den Umständen des Falles zu entscheidende Frage [1]).

Handelt es sich allerdings um eine befristete Willenserklärung, so wird die Verspätung ihre Unwirksamkeit dann zur Folge haben, wenn der Zeitpunkt des Zugehens ausserhalb dieser Frist zu liegen kommt. Allein da jede Erklärung auf Grund der zur Zeit obwaltenden Umstände abgegeben wird, so ist auch bei unbefristeten Willenserklärungen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass denselben die Wirksamkeit abgesprochen werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Erklärung für den späteren Zeitpunkt, in welchem sie zugeht, nach Lage der Sache nicht mehr als gewollt angesehen werden kann.

---

8) So namentlich in den §§ 109, 183, 790, 168, 875 B.G.B.

1) Vgl. hiezu Motive I. Lesung Bd. II S. 413 und Entsch. des Reichsgerichts, Bolze Bd. XVI N. 67.

Es kommt dann, wenn die Erklärung durch eine Reihe von unglücklichen Zufällen erst geraume Zeit später, als es bei gewöhnlichem Laufe der Dinge geschehen wäre, in die Hände des Empfängers kommt, trotz des erfolgten Zuganges ein Rechtsgeschäft nicht zu stande. In diesem Sinne äussern sich auch Planck [2]) und Hölder [3]). Zur Illustration sei folgendes Beispiel angeführt: ich bestelle mir am 23. Dezember schriftlich bei einem Händler einen Weihnachtsbaum, wobei unter normalen Verhältnissen anzunehmen ist, dass der diese Bestellungserklärung enthaltende Brief noch am gleichen Tage in den Besitz des Adressaten gelangt; kommt dieses Schriftstück jedoch später, z. B. am 27. Dezember in den Gewahrsam des Empfängers, so ist es naturgemäss erst an diesem späteren Zeitpunkte zugegangen, allein es kann in diesem Falle von einem wirksamen Rechtsgeschäfte nicht mehr die Rede sein, die Willenserklärung ist vielmehr, da sie durch dieses verspätete Zugehen ihren Zweck vollständig verloren hat und für den Absender illusorisch geworden ist, unwirksam geblieben.

Wie gross die Verspätung im Eintreffen sein muss, um einer Erklärung ihren rechtsgeschäftlichen Charakter zu nehmen, ist natürlich quaestio facti. Im einzelnen Falle kann dazu ein Tag genügen, unter Umständen aber auch ein viel grösserer Zeitraum erforderlich sein. Wenn ich mir beispielsweise an Ostern in einer Druckerei Neujahrskarten für den folgenden Jahreswechsel bestelle, so wird unter Umständen dieser Bestellung der Charakter einer bindenden Willenserklärung erst dann abgesprochen werden

2) a. a. O. S. 234.

3) a. a. O. S. 290.

können, wenn etwa meine Bestellkarte nicht vor dem 1. Januar oder nur so unmittelbar vor diesem Zeitpunkte dem Erklärungsempfänger zugeht, dass sich dieser sagen muss, die in dem Schriftstücke enthaltene Erklärung ist nunmehr für mich zweck- und gegenstandslos geworden und kann infolgedessen auf Grund der zur Zeit der Ankunft obwaltenden Umstände nicht mehr als gewollt angesehen werden.

§ 20.

In diesen Zusammenhang gehört schliesslich noch die Beantwortung der Frage, ob eine Willenserklärung als wirksam auch dann anzusehen ist, wenn sie von ihrem Urheber als schriftliche abgegeben wird, dem Gegner aber als mündliche zugeht, z. B. der zur Übermittelung bestellte Bote verliert den Brief und teilt nun den ihm bekannten Inhalt desselben dem Adressaten mündlich mit. Dies wird wohl in solchen Fällen von seiten des Boten vielfach geschehen, allein die auf diese Weise bestellte Erklärung wird man mit Hölder [1]) nicht zur Wirksamkeit kommen lassen dürfen. Denn man kann sicherlich nicht ohne weiteres annehmen, dass der Absender, der den Weg der schriftlichen Willensübermittelung gewählt hat, in gleichem Masse auch mit der mündlichen Ausrichtung seiner Botschaft einverstanden ist, man wird sich daher im Zweifel für die Ungültigkeit der Erklärung zu entscheiden haben. Und diese Auslegung wird auch keineswegs als unbillig bezeichnet werden können, wenn man berücksichtigt, dass ja der Erklärende bei mündlicher Bestellung Gefahr läuft, eine unrichtige Übermittelung seines Willens entweder gegen sich

1) Commentar zum B.G.B. zu § 130 u. 1.

gelten lassen oder Schadensersatz leisten zu müssen. Man wird vielmehr nur, wenn besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Absender eventuell auch die mündliche Bestellung gewollt, der Erklärung Wirksamkeit beilegen dürfen. Jene Annahme würde beispielsweise zutreffen, wenn der Absender den Boten gerade für den Fall des Briefverlustes mit dem Inhalte des Schreibens bekannt gemacht hätte. Dagegen würde sie noch nicht, wie Hölder [2]) meint, dadurch begründet sein, dass der Erklärende das Schreiben dem Boten unverschlossen übergeben hat.

Umgekehrt wird man, so auch Koppers [3]), in dem Falle, wo eine mündlich aufgetragene Botschaft vom Überbringer schriftlich ausgerichtet wird, den Schluss ziehen dürfen, dass der Auftrag zur mündlichen Übermittelung einer Erklärung im Zweifel auch das Einverständnis mit deren schriftlicher Abgabe enthält; denn mit dieser veränderten Art der Bestellung übernimmt der Absender kein grösseres Risiko als es mit der von ihm gewählten Art verbunden war.

§. 21.

Wie sich im Verlaufe der Darstellung gezeigt hat, ist der Adressat sehr wohl in der Lage, auf die Vollendung des Zugehens insoferne einen nicht unwesentlichen Einfluss auszuüben, als er den Zugang der Willenserklärung zeitlich hinausschieben kann. Ist nun mit dieser Möglichkeit der Verzögerung sein Einfluss erschöpft oder ist er sogar im Stande, den Zugang der Willenserklärung völlig zu verhindern?

2) a. a. O. S. 288.

3) In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 231.

Diese Frage ist, wie bereits angedeutet wurde, zu verneinen: denn es wäre ein in seinen Konsequenzen unhaltbarer Zustand, wenn der Absender solcher Willkür seitens des Adressaten preisgegeben wäre. Der Absender kann sich vielmehr, wenn sein Versuch, eine Willenserklärung abzugeben, misslungen ist oder auch von Anfang an, wenn er befürchtet, der Adressat könne sich möglicherweise dem Empfange der an ihn gerichteten Erklärung entziehen, zur Abgabe derselben der Vermittelung eines Gerichtsvollziehers bedienen nach den für die Zustellung einer Klage geltenden Vorschriften der C.P.O. Denn nach § 132 B.G.B. gilt auch eine auf diese Weise zugestellte Willenserklärung als zugegangen. Als Zeitpunkt des Empfanges gilt dann, ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat auch von ihr Kenntnis erhalten konnte, die Vollendung der Zustellung d. h. regelmässig die Abgabe des Schriftstücks an den Zustellungsempfänger, bei Ersatzzustellungen die Übergabe an die Ersatzperson[1]). Durch diese letztere Einrichtung insbesondere ist die Möglichkeit gegeben, die Wirkung des Zugehens auch im Widerspruch mit dem Willen des Adressaten herbeizuführen.

In gleicher Weise kann die Zustellung der Erklärung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Bestimmungen der CPO. öffentlich erfolgen bei schuldloser Unkenntnis über die Person des Beteiligten oder bei Unbekanntsein seines Aufenthaltsortes[2]). Hier gilt regelmässig die Erklärung als zugegangen mit Ablauf eines Monats seit der

1) C.P.O. §§ 181—184, 186.
2) B.G.B. § 132 Abs. 2.

letzten Veröffentlichung. Soweit es sich um Wahrung einer Frist oder Unterbrechung einer Verjährung oder einer Frist handelt, treten die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Überreichung des Gesuches beim Gerichte ein[3]).

Die Vermittelung des Gerichtsvollziehers ist für den Erklärenden insofern von grossem Vorteil, als er in dem über die Zustellung aufgenommenen Protokoll eine öffentliche Urkunde über den Zugang der Erklärung, also einen sicheren Beweis, in Händen hat.

Die Voraussetzungen, unter denen die C.P.O. eine Zustellung als ausgeführt ansieht, sind im allgemeinen strenger als die des §. 130 B.G.B. Nach §. 170 C.P.O. muss das die Erklärung enthaltende Schriftstück übergeben werden. Hiernach würde es nicht genügen, wenn der Gerichtsvollzieher das Schriftstück in den Briefkasten einwirft[4]). In anderen Fällen ist aber nach der C.P.O. die Zustellung schon erfolgt, wenn das zuzustellende Schriftstück nach § 130 B.G.B. noch nicht als empfangen anzusehen wäre. Hier wird durch § 132 Abs. 1 B.G.B. der Empfang fingiert. So bei der Ersatzzustellung, wenn das Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei[5]) des örtlich zuständigen Amtsgerichts niedergelegt wird, unter Umständen auch dann, wenn die Zustellung an den Hauswirt[6]), nicht aber, wenn sie an einen Familienangehörigen[7]) oder Dienstboten erfolgt. Die Möglichkeit, den Zugang einer Willenserklärung, selbst

3) C.P.O. §§ 206, 207.
4) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. VI S. 342.
5) C.P.O. § 182.
6) C.P.O. § 181 Abs. 2.
7) C.P.O. § 181 Abs. 1.

im Widerspruche mit dem Willen des Adressaten, zur Vollendung zu bringen, steht also dem Absender, wenn auch unter Umständen mit einiger Verzögerung, so doch in jedem Falle offen. Allein auch diese Verspätung kann recht bedenkliche Nachteile für den Absender im Gefolge haben. Dass dieser aber unter der lediglich durch das Verhalten des Adressaten verursachten Verspätung des Zugehens nicht leiden darf, liegt auf der Hand und darauf gehen wohl in 1. Linie auch die Ausführungen Hölders[8]) hinaus, der den Absender nicht die durch den Adressaten verursachte Unmöglichkeit des Zugehens entgelten lassen will.

§ 22.

In welcher Weise hier dem Absender zu helfen sei, darüber sind in der Literatur verschiedene Vorschläge laut geworden. Diese Frage, die von besonderer Wichtigkeit dann ist, wenn die rechtzeitige Ankunft einer Erklärung, zu deren Entgegennahme jemand binnen einer gewissen Zeit verpflichtet ist, durch den Adressaten verhindert oder sonst infolge von Umständen, die in seiner Person liegen, vereitelt wird, hat insbesondere Habicht[1]) behandelt. Er geht von folgendem Beispiele aus: A. hat von B. ein Pferd gekauft, sich aber bis nachmittags 4 Uhr den Rücktritt vorbehalten; B. erklärt, er komme doch zwischen 3 und 4 Uhr am Hause des A. vorbei, dann wolle er bei ihm vorsprechen und seine Erklärung entgegennehmen. B. erscheint jedoch bis 4 Uhr nicht, vielleicht arglistig, vielleicht auch durch plötzliche

8) a. a. O. S. 292.

1) Deutsche Jur.-Zeitung 1901 S. 265 ff.

Krankheit am Ausgehen verhindert, so dass es dem A. unmöglich geworden ist, innerhalb der vereinbarten Frist seine etwaige Rücktrittserklärung dem Vertragsgegner gegenüber abzugeben. Wollte man die sich hieran knüpfende Frage, ob infolge der unterbliebenen Erklärungsabgabe ein bindender Vertrag zustande gekommen ist, kurzweg bejahen oder verneinen, so würde man in beiden Fällen zu keinem erschöpfenden Resultat gelangen.

Wenn Habicht den Rechtssatz aufstellt, dass, wenn der Versuch des Absenders, seinem Geschäftsgegner eine Willenserklärung zu übermitteln, aus Gründen scheitert, die in der Person des Empfängers liegen, der missglückte Versuch einfach als geglückt zu behandeln, mit anderen Worten das in Wahrheit nicht erfolgte »Zugehen« als erfolgt zu fingieren sei, so ist hiegegen einzuwenden, dass diese Fiktionstheorie nur für gewisse Fälle konstruierbar, in einer grossen Anzahl anderer Fälle dagegen nicht haltbar ist und zu grossen Härten führen würde[2]). Denn sie lässt sich nur auf die Fälle anwenden, in denen es sich um ein doloses Verhalten auf seiten des Adressaten handelt, dagegen lässt es sich vom Standpunkte des B.G.B. aus nicht rechtfertigen, eine Erklärung auch dann als rechtzeitig erfolgt anzusehen, wenn der Grund der Erfolglosigkeit nicht in einem Verschulden des zur Entgegennahme der Erklärung Verpflichteten, sondern in einem zufälligen, in seiner

2) Vgl. namentlich: Endemann a. a. O. Bd. I § 66 Anm. 23; Dernburg a. a. O. Bd. I § 132 II B 6; Hölder in der deutschen Jur.-Zeitung 1901 S. 341 ff.; David in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 232 ff.; Koppers in der deutschen Jur.-Zeitung 1901 S. 112 ff.; Crome a. a. O. S. 394.

Person liegenden Umstande beruht. Der hier eingeschlagene Weg ist demnach für unser Verhältnis nicht ausreichend, da es sich, wie dies auch Habicht anerkennt, keineswegs bloss darum handelt, dem Ablaufe der Frist bei absichtlicher Hinderung des Gegners Rechnung zu tragen.

Wir kommen vielmehr zu folgendem Ergebnis: Hat der Adressat das Zugehen der an ihn gerichteten Erklärung verhindert, so kann von einer wirksam gewordenen Erklärung nicht gesprochen werden, da ein vom Gesetze geforderter Tatbestandsmoment fehlt. Wirksam wird sie erst dann, wenn sie zugegangen ist und das ist dann der Fall, wenn ein weiterer Versuch, die Erklärung abzugeben, gelungen ist und einmal muss ja, wie wir gesehen haben, dieser Versuch gelingen. Es fragt sich nun, ob die Wirksamkeit der Erklärung unterblieben ist aus Gründen, die auf ein doloses Verhalten des Adressaten zurückzuführen sind oder ob sein Verhalten kein solches wider Treu und Glauben war; denn im ersten Falle ist lediglich der Absender vor der Willkür seines Gegners zu schützen, im anderen Falle aber auch das Interesse des Erklärungsempfängers zu berücksichtigen. Dolos handelt der Adressat, wenn er sich beispielsweise, um nichts zu verstehen, die Ohren zustopft oder dem Briefträger erklärt, dass er die Annahme sämtlicher an ihn gerichteter Briefe verweigere [3]).

3) Einen solchen Fall dolosen Verhaltens führt Goldschmidt vor, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 34 S. 572. Ein Geschäftsmann hatte immer die Briefe von der Post abgeholt; das eine Mal, als das Kündigungsschreiben auf die Post abgegeben war, hat er es unterlassen. Wenn auch der mit ihm in Geschäftsbeziehung stehende Dritte diese Tatsache in Rechnung ziehen darf, so wird es doch erst noch des

In diesen Fällen dolosen oder kulposen Verhaltens dürfte es allerdings das billigste und unserem Rechtsgefühle entsprechendste sein, Besitzerwerb bzw. Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit das Zugehen der in Wirklichkeit erst nachträglich zugegangenen Erklärung als mit dem ersten Zeitpunkt erfolgt zu fingieren[4]). Es besagt dies zwar keine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, allein diese Auffassung ergibt sich aus der ratio legis. Wir werden in diesem Tatbestand einen Fall erblicken können, in dem der Mangel einer gesetzlichen Vorschrift es gestattet, den prinzipiell festgehaltenen Standpunkt aus Gründen der Billigkeit zu verlassen und der Erklärung des Absenders, der alles getan hat, was nach Treu und Glauben von ihm verlangt werden kann, zur Wirksamkeit zu verhelfen. Auch wird man unbedenklich die demselben Rechtsgedanken entspringende Bestimmung des § 162 B.G.B. nach dem Grundsatze »dolus pro facto est« verallgemeinern und analog auch hier zur Anwendung bringen dürfen. Dieser Gedanke findet sich bereits in dem römischen Rechtssatze[5]) »qui dolo desiit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est« ausgesprochen und bestätigt.

Planck[6]) meint, eine direkte und entsprechende Anwendung des § 162 B.G.B. lasse sich schwerlich

Nachweises besonderer, die Annahme des dolus rechtfertigender Umstände bedürfen, wenn man in der Niederlegung bei der Post in diesem Falle ein Zugehen des Schreibens erblicken soll.

4) Vgl. Zitelmann, Grundriss des allg. Teils S. 96. Er wirft die Frage auf, ob nicht wenigstens jede schuldhafte Verhinderung des Zugehens dem Zugehen gleichzustellen sei.

5) l. 131 D. 50, 17.

6) a. a. O. S. 236.

rechtlich rechtfertigen, weil es sich bei ihm um eine rechtsgeschäftlich gesetzte Bedingung, hier aber um ein wesentliches Moment des gesetzlichen Tatbestandes handle. Die Fälle seien so wesentlich von einander verschieden, dass die Anwendung der für einen Fall gegebenen Vorschrift auf den andern Fall in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift unzulässig sei. Dem ist nach dem eben ausgeführten nur insoferne beizupflichten, als sich die Bestimmung des § 162 B.G.B. nicht für alle Fälle heranziehen lässt; sie passt nur für die Fälle, in denen der Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Dementsprechend kann sie die Interessen des Absenders nur dann schützen, wenn der Adressat geradezu dolos gehandelt hat. Zu diesem Ergebnis kommt im wesentlichen auch Dernburg[7]), der ausführt: Wer sich der Zustellung schuldhafter Weise entzogen hat, haftet, wie wenn sie ihm zugegangen wäre, da er die Folgen seiner Schuld nicht auf Andere abwälzen kann. Thiele[8]) geht noch einen Schritt weiter, indem er die Anschauung vertritt, dass man ganz im Geiste des B.G.B. handle, wenn man die Fiktion des Zugehens der Kündigung nicht nur auf doloses oder kulposes Verhalten abstelle, sondern auch die Verkehrssitte und das Verkehrsbedürfnis, wie sie unter der Herrschaft von Treu und Glauben beeinflusst werden, mehr berücksichtige, als sie bisher grossenteils berücksichtigt worden seien.

§ 23.

Getrennt von den eben besprochenen Fällen sind diejenigen zu behandeln, in denen der Zugang einer

7) a. a. O. II § 60.

8) Arch. f. civ. Pr. Bd. 89 S. 135.

Willenserklärung zwar auch durch den Adressaten vereitelt worden ist, allein in dem Verhalten desselben ein dolus nicht erblickt werden kann. Dass diese Fälle anders beurteilt und entschieden werden müssen, liegt auf der Hand; denn es wäre unhaltbar und direkt gegen unser Rechtsgefühl verstossend, wollte man den ohne Verschulden des Adressaten misslungenen Versuch, eine Erklärung abzugeben, einfach als gelungen betrachten und die Erklärung schon von diesem ersten Zeitpunkte an wirken lassen. Die Erklärung wirkt hier vielmehr erst dann, wenn sie zugegangen d. h. wenn sie durch einen späteren Versuch in den Besitz des Adressaten gelangt ist. Der Mieter hält beispielsweise in der Dunkelheit den mit der Überbringung eines Kündigungsschreibens beauftragten Boten für einen Bettler und wirft ihm, ohne ihn zu berücksichtigen, die Türe wieder zu. Hier ist eine Erklärung natürlich nicht zugegangen, da der Besitzerwerb am Schreiben nicht stattgefunden hat, die Kündigung ist mithin als misslungen anzusehen. Gewiss ist es hier billig, dem Vermieter die Möglichkeit nachträglicher Kündigung zu gewähren, aber durchaus unbillig wäre es, die missglückte Kündigung, wie es die hier bekämpfte Ansicht tut, gegen den völlig gutgläubigen Mieter schon von dem ersten Zeitpunkte an wirken zu lassen.

Handelt es sich dabei um die Wahrung einer Frist, die durch den verspäteten Zugang der Erklärung nicht mehr eingehalten wäre, so ist es selbstverständlich, dass hier der Absender vor den nachteiligen Folgen des Fristablaufs geschützt werden muss. Eine Kündigungserklärung wäre vielleicht rechtzeitig dem Adressaten zugegangen, gelangt aber dadurch, dass

der Brief ihm seitens der Post in die Schweiz nachgeschickt wird, erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in seine Hände, so dass der Absender die Frist versäumt, an welche die Abgabe der Erklärung gebunden ist. In diesen Fällen bleibt nur noch die Möglichkeit, dass zu gunsten des Absenders die Frist verlängert wird, die er infolge von Umständen versäumt hat, welche in der Person des Adressaten liegen. Planck[1]) rechtfertigt die Möglichkeit einer solchen Fristverlängerung mittels folgender Argumentation: Verhindert der zur Entgegennahme der Erklärung Verpflichtete die Entgegennahme, so verletzt er seine Verpflichtung und ist, wenn ihm dabei Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, zum Schadensersatze verpflichtet. Schadenersatz ist nach § 249 B.G.B. dadurch zu leisten, dass der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Direkt könne nun freilich, meint Planck, nicht bewirkt werden, dass etwas, was innerhalb einer bestimmten Frist nicht geschehen ist, doch innerhalb dieser Frist geschehen ist. Indirekt könne dies aber dadurch bewirkt werden, dass der zum Ersatze Verpflichtete sich so behandeln lassen muss, wie wenn das nicht Geschehene geschehen, die Erklärung also innerhalb der Frist ihm gegenüber wirksam abgegeben wäre. Diese Konstruktion erweist sich jedoch nicht als ausreichend, da sie den Absender vor den Folgen der Fristversäumnis nur dann schützt, wenn der Adressat das Zugehen der Willenserklärung schuldhafterweise verhindert hat. Damit allein ist ihm aber nach allem,

1) 3. Aufl. 1903 Bem. 5 zu § 130.

was wir früher gesehen haben, nicht gedient. Sie erscheint zum andern auch um deswillen als unzulänglich, weil sie sich lediglich auf solche Fälle beschränkt, in denen jemand auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses zur Annahme von Willenserklärungen verpflichtet ist, da ohne eine solche Verpflichtung von einer Schadenshaftung nicht gesprochen werden kann.

Eine allgemeine Rechtspflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen lässt sich aus dem Gesetze nicht herleiten, es wird daher auch eine Verpflichtung, bei längerer Abwesenheit einen zur Empfangnahme von Briefen befugten Vertreter zu bestellen oder für Nachsendung der Briefe Vorsorge zu treffen, nicht anzunehmen sein[2]). Soweit es sich um Erklärungen bezüglich bereits bestehender Rechtsverhältnisse handelt, kann sie sich aber allerdings ergeben und zwar auch ohne ausdrückliche Abmachung aus der allgemeinen Pflicht der Wahrung von Treu und Glauben und der Beobachtung der Verkehrssitte im Rechtsverkehr[3]).

In dem oben aufgestellten Beispiele, dem ein Mietverhältnis zu grunde liegt, wird also richtigerweise anzunehmen sein, dass die für die Abgabe der Erklärung gesetzlich oder vertragsmässig gesteckte Frist nicht abläuft, dass die Erklärung also auch später noch, unverzüglich nach Beseitigung des Hindernisses, abgegeben werden kann. In denjenigen Fällen dagegen, in denen ein solches Rechtsverhältnis nicht besteht, würde eine etwa einzuhaltende

2) So entschied das O.L.G. Hamburg, Hans. Gerichtszeitung Beibl. 1901 S. 13.

3) vgl. Dernburg, bürg. Recht Bd. 1 § 132 Anm. 15 und Endemann § 66 Anm. 23.

Frist dann nicht mehr gewahrt sein, wenn der Brief beispielsweise durch Nachsenden erst nach Ablauf der Frist in die Hände des Adressaten gelangte. Das Rechtsverhältnis würde auch dadurch nicht geändert werden, dass der Grund der Fristversäumnis lediglich auf die Tatsache der nicht erfolgten Nachsendung zurückzuführen wäre. Und darin könnte auch an und für sich keine Unbilligkeit für den Absender erblickt werden, er kann ja, wie wir gesehen haben, den Zugang auch ohne Zutun des Adressaten bewirken. Es lässt sich nun freilich nicht verkennen, dass in einem solchen Falle, wenn die Erklärung auf dem im § 132 B.G.B. vorgeschriebenen Wege innerhalb der Frist nicht mehr zugehen kann, das Bedürfnis des Verkehrs eine Hilfe erfordert. Eine solche Hilfe gewähren die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben, da sich vom Boden des geltenden Rechts aus eine bessere Begründung schwerlich wird finden lassen. Denn nach Treu und Glauben, welche nicht bloss bei Verträgen, sondern auch bei einseitigen Rechtsgeschäften massgebend sein müssen, kann sich niemand darauf berufen, dass ihm eine Erklärung nicht rechtzeitig zugegangen und dadurch eine dem Gegner offen stehende Frist nicht eingehalten sei, wenn der Grund der Verspätung in Umständen liegt, die er selbst zu vertreten hat[4]).

4) So auch David in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 232 ff.

Dritter Abschnitt:

Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit und die Vertretung Geschäftsunfähiger bei Abgabe bzw. bei Entgegennahme von Willenserklärungen.

§ 24.

Eine Willenserklärung kann, wie wir oben gesehen haben, nur dann rechtliche Wirkungen hervorbringen, wenn ein bestimmter Wille vorhanden und eine diesen Willen dokumentierende Erklärung durch Richtung an einen bestimmten Adressaten in die Aussenwelt getreten ist. Diese Tatsache genügt jedoch nur dann, wenn ein weiteres Moment, die Geschäftsfähigkeit, gegeben ist. Fällt diese nach der Abgabe der Willenserklärung auf seiten des Erklärenden weg, so ist dies nach Abs. 2 des § 130 B.G.B. auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluss d. h. die Erklärung wird mit dem Zugehen wirksam und bindet auch den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen. Dasselbe gilt, wenn der Erklärende nach Abgabe der Willenserklärung stirbt, für seine Rechtsnachfolger. Verlangt wird also nur, dass die Geschäftsfähigkeit zur Zeit der Abgabe vorhanden ist.

Fähig, eine solche Erklärung abzugeben, ist an sich jeder Mensch, der in der Lage ist, durch Worte oder wenn er der Sprache entbehrt, durch Zeichen seinen Willen zu erklären. Allein seine Erklärung wird vom Gesetze nur dann berücksichtigt, wenn er zur Zeit der Abgabe der Erklärung geschäftsfähig ist, die Erklärung bleibt dann unwirksam, wenn dieses Erfordernis fehlt. Die Geschäftsfähigkeit kann vollständig fehlen oder nur in beschränktem Masse vorhanden

sein; ist die Geschäftsfähigkeit im allgemeinen vorhanden, so ist weiter erforderlich, dass die Willenserklärung nicht im Zustande der Bewusstlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.

Das positive Recht erkennt sonach einigen Menschenkategorien und Individuen den Geschäftswillen ab, weil er entweder tatsächlich nicht vorhanden ist oder weil die Erkenntnis und die Fähigkeit, die Rechtsfolgen der Willenserklärung zu übersehen, fehlt. Nach dem B.G.B. sind geschäftswillensunfähig die Kinder bis zum vollendeten 7. Lebensjahre, ferner diejenigen Personen, die sich in einem nicht bloss vorübergehenden, die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, demnach des Vernunftgebrauches beraubt sind, und endlich die wegen Geisteskrankheit Entmündigten.

Nicht geschäftsunfähig dagegen sind diejenigen Personen, welche in einem Zustande der Bewusstlosigkeit oder einer nur vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit sich befinden[1]). Nach dem Entwurf I § 64 wurden auch diese Personen als geschäftsunfähig bezeichnet; der dem § 131 B.G.B. entsprechende § 66 des Entwurfs I bezog sich daher auch auf sie. Von der 2. Kommission ist dies geändert. Für sie gelten daher die Vorschriften des § 130 ohne die in dem § 131 bestimmte Modifikation. Die von solchen Personen abgegebenen Erklärungen sind nach § 105 Abs. 2 zwar auch nichtig, allein der Ausdruck

1) Manche Schriftsteller bezeichnen diese als Geschäftsuntaugliche, z. B. Enneccerus bürg. Recht § 17 a. E.; vgl. auch Dernburg, bürg. Recht I § 106 III.

»geschäftsunfähig« ist auf dauernde Zustände der im § 104 Nr. 2 bezeichneten Art zu beschränken.

Um aber die grosse Anzahl der Geschäftsunfähigen nicht von dem rechtsgeschäftlichen Verkehr auszuschliessen, müssen Andere für sie handeln, die geschäftsunfähige Person wird ersetzt durch die des gesetzlichen Vertreters, vorausgesetzt, dass diese selbst unbeschränkt geschäftsfähig ist. Wer gesetzlicher Vertreter des Geschäftsunfähigen ist, ergibt sich aus den Vorschriften über die elterliche Gewalt und die Vormundschaft. Für das Kind bis zum vollendeten 7. Lebensjahre ist es in aller Regel sein Vater bezw. seine Mutter oder der Vormund, für den Entmündigten und den unter vorläufige Vormundschaft gestellten sein Vormund. Ferner gehören hieher die gesetz- oder statutenmässigen Organe der juristischen Personen und der Gesellschaften, soweit sie selbstständig Trägerinnen von Rechten und Pflichten zu sein vermögen.

In der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist der Minderjährige vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 21. Lebensjahre, es sei denn, dass er für volljährig erklärt ist, was frühestens mit vollendetem 18. Lebensjahre geschehen kann. Er ist zwar eines rechtlich in Betracht kommenden Willens fähig; es fehlt ihm aber regelmässig die geistige Reife und die geschäftliche Erfahrung, welche das Gesetz für notwendig erachtet, um ihn ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten lassen zu können. Seine Willenserklärungen bedürfen daher, einige Fälle ausgenommen[2]), der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Diese soll in

2) So in den §§ 107, 110, 112, 113, 165 B.G.B.

der Regel der Willenserklärung vorausgehen, kann aber auch nachträglich erfolgen, so dass zwischen dem Moment der Abgabe und dem Zeitpunkte der Genehmigung ein Schwebezustand besteht. Gleichgestellt dem Minderjährigen ist der entmündigte Geistesschwache, Trunksüchtige oder Verschwenderische und der vorläufig entmündigte Volljährige.

§ 25.

Während diese Personenklassen, bei denen das Gesetz eine richtige Auffassung und gesunde Beurteilung ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen im allgemeinen nicht vermutet, grundsätzlich vom Rechtsverkehr ausgeschlossen sind, wenigstens insoweit als sie in eigener Person mit rechtsverbindlichem Erfolge nicht tätig werden können, gibt es weiterhin Personen, die an und für sich geschäftsfähig sind, deren Selbstständigkeit aber bei Vornahme gewisser Handlungen wesentlich eingeschränkt ist. Es gibt Fälle, wo die Wirksamkeit einer einseitigen Willenserklärung oder eines Vertrages davon abhängt, dass noch ein anderer Tatumstand hinzutritt; von allgemeiner Bedeutung sind die Fälle, in denen die Zustimmung eines Dritten erfordert wird. So hängt z. B. die Wirksamkeit eines Vertrages, durch den die Frau ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt, von der Genehmigung des Mannes ab. Während hier die nachträgliche Zustimmung genügt, wird in anderen Fällen für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes die vorher erfolgte Einwilligung gefordert[1]).

---

1) So nach den Bestimmungen der §§ 1444—1446 B.G.B.

Ist zur Wirksamkeit der Erklärung die Einwilligung eines Anderen erforderlich, so ist die Erklärung unwirksam, wenn die Einwilligung nicht erteilt ist. Ist die Zustimmung einer Person notwendig, so ist beispielsweise eine Kündigung wirksam, sobald die Kündigungserklärung abgegeben ist, sofern nur die Genehmigung nachträglich erteilt wird. Es kann mithin z. B. der Ehemann eine zum eingebrachten Gute gehörige Forderung kündigen. Genehmigt die Frau die Kündigung nachträglich, so wirkt dies auf den Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung zurück. Die Kündigung ist von Anfang an gültig[2]). Denn nach §. 184 B.G.B. wirkt die nächträgliche Zustimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Dagegen ist eine von der Frau ohne Einwilligung des Mannes erklärte Kündigung, soferne sich diese auf eingebrachtes Gut bezieht, nach § 1398 unwirksam, selbst wenn dieser seine nachträgliche Genehmigung erteilen würde.

§ 26.

Nach dem B.G.B. ist die Stellvertretung[1]) im Gegensatz zu der Lehre des gemeinen Rechts, das eine solche nur im Besitz, bei dinglichen Geschäften und der Erbschaftsantretung zuliess, grundsätzlich überall statthaft. Dasselbe kennt insbesondere eine Stellvertretung auch in dem Empfange[2]) einer Willens-

2) Dem Dritten steht jedoch das Recht aus § 182 Abs. 3, § 111 Satz 2, 3 B.G.B. zu.

1) Die bisherigen Definitionen des Begriffes »Stellvertretung« siehe bei Schlossmann »Die Lehre von der Stellvertretung«, 1. Teil, S. 4—10.

2) Die Vertretung im Empfang ist nur in ganz wenig Fällen unstatthaft, vgl. §§ 1750, 1770, 2274, 2290, 2347, 2352, 2351 B.G.B.

erklärung und zwar mit der Wirkung, dass mit dem Empfang der Erklärung durch den Vertreter der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Diese Stellvertretung setzt, entsprechend der bei der Abgabe, Vertretungsmacht des Empfängers voraus und dass aus der Erklärung selbst oder den Umständen hervorgehe, dass ihr Inhalt sich nicht auf den Vertreter, sondern auf den Vertretenen beziehe. Dagegen steht derjenige, der eine nicht an ihn, sondern an seinen Herrn adressierte Erklärung für diesen in Empfang nimmt, dem Boten gleich, der nicht Empfangsvertreter, sondern Empfangswerkzeug ist[3]). Dieser ist nicht selbst Ziel der Erklärung, sein Empfang tritt nicht an die Stelle des Empfangs durch den Herrn, vielmehr realisiert sich dieser gerade in der Entgegennahme der Erklärung durch ihn. Der Empfangsbote, dessen Aufgabe es ist, die an einen andern adressierte Erklärung entgegenzunehmen und diesem zu übermitteln, hat lediglich die Erklärung als solche d. h. die rein äussere Seite der Erklärung zu erfassen, während der Empfangsvertreter als Adressat und Empfänger den Willen des Erklärenden, wie er sich in der Erklärung äussert, mit der Erklärung in sich aufnimmt; er nimmt geistigen Anteil an der Erklärung, nur soll dieselbe nicht für ihn, sondern den Vertretenen Wirksamkeit haben[4]).

Während man aber bei der Abgabe einer Willenserklärung unter Vertreter nur den versteht, der durch eigene Willensentschliessung rechtliche Wirkungen

---

3) vgl. hiezu Schlossmann a. a. O. § 28 »Vertreter und Bote« S. 304 ff.

4) vgl. hiezu auch Schlossmann a. a. O., insbesondere S. 34 ff. und S. 143 ff.

für einen Andern hervorruft, im Gegensatz zum Boten, dem ein eigener Entschluss nicht oder nur in geringem Umfange zusteht, kann bei der Vertretung im Empfang von einem Willensakt ebensowenig die Rede sein, wie beim Empfang selbst. Eine dem Vertreter zugegangene Erklärung wird gegen den Vertretenen wirksam, auch wenn der Vertreter gar nichts von ihr weiss, ja sogar auch dann, wenn er es geradezu ablehnt, von seinem Vertretungsrecht Gebrauch zu machen [5]).

Vierter Abschnitt:

Das Zugehen der Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter.

§ 27.

Das Gesetz lässt es also bei der äusseren Feststellung, dass der Erklärungsempfänger, der »Anerklärte« [1]), in verkehrsüblicher Weise in die Lage versetzt worden ist, sich die Erklärung anzueignen, nicht bewenden, es erfordert, um mit dem Zugehen adressierter Erklärungen dieselben wirken lassen zu können, auf seiten des Empfängers die gleiche Geschäftsfähigkeit, als wenn er selbst der Erklärende sei [2]). Auch der Empfänger einer Erklärung, sagt Endemann, ist an dem Rechtsgeschäfte beteiligt; nicht wird ihm eine

5) vgl. darüber Mot. I S. 226.

1) vgl. Crome B.G.B. Bd. I 1900 S. 390 Anm. 7, Bekker a. a. O. Bd. II S. 76.

2) vgl. Zitelmann, Rechtsgeschäfte I S. 23, Cosack a. a. O. I S. 166, Endemann a. a. O. I S. 276, Planck a. a. O. I S. 183, Fritze a. a. O. S. 214.

rein passive Rolle zugeschrieben. Das Empfangen untersteht darum denselben Voraussetzungen bezüglich der Geschäftsfähigkeit wie das Erklären.

Ist der Erklärungsempfänger daher geschäftsunfähig, so kommt nach § 131 Abs. 1 sein gesetzlicher Vertreter in Betracht, vorausgesetzt, dass dieser selbst unbeschränkt geschäftsfähig ist. Vertreter im Empfang ist also derjenige, der mit Wirkung für den anderen selbständiger Adressat der Erklärung sein kann. Das gleiche gilt nach Abs. 2 von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person. Das Gesetz geht offensichtlich, wie aus den verschiedenen Bestimmungen erhellt, von dem Gedanken aus, dass dem beschränkt Geschäftsfähigen, insbesondere dem Minderjährigen, die zur Abgabe wir zur Empfangnahme von Willenserklärungen nötige Einsicht und Erfahrung mangle, und daher die Gefahr nahe liege, dass er übervorteilt und benachteiligt werde. Um dies zu verhüten, sind regelmässig Abgabe wie Empfangnahme von Erklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen unwirksam. Wo aber diese Gefahr nicht vorliegt, wo der beschränkt Geschäftsfähige durch Abgabe bzw. Empfang der Erklärung einzig und allein einen rechtlichen Vorteil erlangt (§§ 107, 131 B.G.B.), tut die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Wirksamkeit der Willenserklärung keinen Abbruch. Im übrigen muss auch hier die Erklärung dem gesetzlichen Vertreter zugegangen sein und erst wenn dies geschehen ist, hat sie ihr Ziel erreicht und kann in Wirkung treten. Der Empfang erfolgt durch ihn allein, aber seine Wirkung tritt in der Person des Vertretenen ein.

Daraus ergibt sich, dass Alles, was wir oben von dem Zugehen an den unbeschränkt Geschäftsfähigen

gesagt haben, auch auf den gesetzlichen Vertreter zutrifft.

Die Fälle, in denen sich der Empfänger beim Eingang einer Willenserklärung in einem Zustande der Bewusstlosigkeit oder temporärer Störung der Geistestätigkeit befand (§ 105 Abs. 2 B.G.B.), sind von denen der Geschäftsunfähigkeit geschieden worden, um nicht notwendig durch § 131 Abs. 1 mitumfasst zu werden. Die von diesen Personen abgegebenen Willenserklärungen sind zwar nichtig, aber sie gehören nicht zu den Geschäftsunfähigen. Daraus folgt, dass den genannten Personen gegenüber grundsätzlich Willenserklärungen mit Wirksamkeit abgegeben werden können. Der Verkehr würde es nicht ertragen, dass die Erklärung keine Wirkung äussere, weil der Briefempfänger im Augenblicke des Zugehens schläft, sich in einem Zustande hochgradiger Trunkenheit befindet oder einen epileptischen Anfall hat[3]). Die Zustände, welche hier in Frage stehen, sind ihrer Natur nach vorübergehend und der Adressat kann sich nach dem Wegfall der Behinderung regelmässig die Kenntnis verschaffen. Man wird also zur Begründung der hier vertretenen Ansicht nur fordern müssen, dass ein normaler Geisteszustand zu einer Zeit wieder eingetreten ist, zu der dem Adressaten eine wirksame Reaktion[4]) gegen die Erklärung noch möglich ist. Dies führt zu dem Resultat, dass die Erklärung wirksam werden kann, nicht, dass sie jedesmal wirksam wird[5]).

3) Dies die allgemeine Auffassung, so Planck a. a. O. S. 183, vgl. auch Endemann a. a. O. S. 312.

4) vgl. Hellmann a. a. O. S. 446.

5) Vgl. Prot. I S. 72 Antr. 5.

Verlangt man hingegen für den Empfang als solchen auf seiten des Empfängers nicht volle Geschäftsfähigkeit, sondern nur, wie Isay[6]) annimmt, Erkenntnisfähigkeit, so wird man diese Frage durchweg verneinen müssen.

Tatsächlich verschieden liegen die Verhältnisse, wenn es sich um Willenserklärungen unter Anwesenden handelt. Hier kann ich anders als bei Willenserklärungen unter Abwesenden die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht annehmen, weil ich ja die Unmöglichkeit sehe. Anwesenden gegenüber, welche sich in einem der in § 105 Abs. 2 erwähnten Zustände befinden, kann daher eine Willenserklärung nicht mit Rechtswirksamkeit abgegeben werden[7]).

§ 28.

Das Gesetz bestimmt, das die empfangsbedürftige Willenserklärung nicht eher wirksam werde, als bis sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht; sie muss ihm zugehen, also z. B. der Brief in seine Hände gelangen, ein blosses Erfahren von der Erklärung ist nicht genügend. Daher wird eine durch einen Boten an den Geschäftsunfähigen mündlich bestellte Erklärung, wenn der Vertreter dabei nicht anwesend ist, stets ungültig sein, da hier nichts vorhanden, was dem Vertreter zugehen könnte.

6) Isay a. a. O. S. 87 verlangt nur Erkenntnisfähigkeit beim Empfänger; jedoch ist seine Deduktion aus 165 und 166 nicht zutreffend, und die Interpretation von 131 wird dieser Bestimmung kaum gerecht. Isay unterscheidet 3 Stadien der Vollendung der Erklärung: Abgabe, Zugang, Möglichkeit der Einwirkung auf das Vermögen; auf den Zugang bezöge sich 131 Abs. 1, auf die Möglichkeit 131 Abs. 2. Diese Unterscheidung lässt sich m. E. aus § 131 B.G.B. nicht construieren.

7) So Riezler a. a. O. S. 386.

Die in § 131 B.G.B. enthaltene Bestimmung verlangt also nur, dass die Willenserklärung dem gesetzlichen Vertreter zugeht, spricht aber nicht davon, dass sie gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abgegeben werden, also an ihn gerichtet sein müsse. Es fragt sich daher, ob auch eine Willenserklärung, die an den nicht unbeschränkt Geschäftsfähigen gerichtet ist, wirksam werde, wenn sie demnächst dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Diese Frage ist m. E. zu bejahen und zwar ergibt sich diese Auffassung aus dem Zwecke der empfangsbedürftigen Willenserklärung, die, wie wir gesehen haben, dem Empfänger die Möglichkeit geben soll, den rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden zu erkennen, ihre rechtliche Bedeutung zu würdigen und eine sachgemässe Entscheidung daraufhin zu fällen. Dem Erklärenden kann es gleichgültig sein, auf welche Weise seine empfangsbedürftige Willenserklärung in die Hände des gesetzlichen Vertreters gelangt. Vom Standpunkte des gesetzlichen Vertreters und des Vertretenen aus ist es auch gleichgültig, auf welche Weise die Willenserklärung zugeht; die Rechtsfolgen treten ja doch frühestens mit dem Augenblicke des Zugehens ein, bis dahin ist die Willenserklärung noch nicht wirksam.

Zur Wirksamkeit der Erklärung ist lediglich erforderlich, dass sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht, nicht erforderlich ist, dass sie auch an ihn gerichtet ist. Man denke sich folgenden Fall: A. schickt seinem Darlehenschuldner B. durch einen Boten ein an B. gerichtetes Kündigungsschreiben, ohne zu wissen, dass B. entmündigt ist. B. nimmt das Kündigungsschreiben an und übergibt es seinem Vormund, oder das Kündigungsschreiben kommt auf den Schreibtisch

des Vormundes zu liegen, wo dieser davon Kenntnis nimmt, oder B. verliert es und der Vormund findet es und nimmt es an sich. Hier wird die Kündigung wirksam in dem Augenblick, wo der Vormund das an den Entmündigten gerichtete Kündigungsschreiben an sich nimmt — in diesem Momente geht die Willenserklärung dem gesetzlichen Vertreter zu —. Dasselbe würde zu gelten haben, wenn in dem erwähnten Falle B. seinem Vormund erklärt, A. lasse das Darlehen kündigen. In diesem Falle würde B. als ein die Kündigung übermittelnder Bote zu betrachten sein. Hätte allerdings in dem letzteren Falle B. dem Vormunde nur erzählt, A. sei da gewesen und habe das Darlehen gekündigt, so würde in einer solchen jedes rechtsgeschäftlichen Charakters entbehrenden Mitteilung ein Zugehen der Kündigungserklärung nicht zu finden sein [1]). Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung an ihr Zugehen innerhalb einer Frist gebunden, so muss sie innerhalb der Frist dem gesetzlichen Vertreter zugehen, um wirksam zu sein.

Riezler [2]) ist der Anschauung, dass die den Geschäftsunfähigen angehende, seinem gesetzlichen Vertreter zugehende Willenserklärung nur dann wirksam werde, wenn sie vom Erklärenden dem gesetzlichen Vertreter gegenüber abgegeben werden will. Ein gegenteiliger Wille würde das Wirksamwerden verhindern.

Planck [3]) und Hölder [4]), die sich vornehmlich mit dieser Frage beschäftigt haben, gehen beide davon

1) So auch Thiele a. a. O. S. 139.

2) a. a. O. S. 386.

3) a. a. O. Bd. I S. 183, 184.

4) a. a. O. S. 295.

aus, dass sie zu bejahen sei, wenn es in der Absicht des Erklärenden liege, dass die an den Vertretenen abgegebene Willenserklärung eventuell auch an den gesetzlichen Vertreter gerichtet sei. Allein diese Argumentation führt zu unhaltbaren Consequenzen und damit wäre die Rechtssicherheit, die das B.G.B. durch seine Regelung der Willenserklärungen erstrebt und gefördert hat, wieder preisgegeben und die Anerkennung der Willenstheorie deutlich zum Ausdruck gebracht. Während Hölder im einzelnen Falle nach objektiver Anschauung einen eventuellen Richtungswillen annimmt, erblickt Planck das Entscheidende in dem tatsächlichen Willen des Erklärenden, einem völlig inneren, nicht zu controllierenden Momente. Planck verlangt, dass der Erklärende den Willen habe, die Erklärung solle wenigstens eventuell dem gesetzlichen Vertreter zugehen, nimmt aber an, dass der Erklärende in der Regel wenigstens eventuell diese Absicht haben werde. »Sollte die Kündigung, sagt er, dem gesetzlichen Vertreter nicht abgegeben werden, so kann sie dadurch, dass sie ihm zugeht, nicht wirksam werden. Nach der mündlichen oder durch Vorzeigung eines Schriftstückes erfolgten Abgabe der Willenserklärung gegenüber der geschäftsunfähigen Person bleibt nichts übrig, was dem gesetzlichen Vertreter zugehen könnte. Dieser kann später von der abgegebenen Erklärung hören, in einem solchen Hören liegt aber kein Zugehen im Sinne des § 130 B.G.B.« Dem ist jedenfalls insoferne beizupflichten, als ein gegen den Willen des Erklärenden erfolgendes Bekanntwerden oder Zugänglichwerden an den gesetzlichen Vertreter die Wirkung des Zugehens im Sinne des § 130 B.G.B. nicht haben kann. Man denke sich

folgenden Fall: A. ist der Darlehensgläubiger des entmündigten B., von dessen Entmündigung er Kenntnis hat. Er wünscht aber um keinen Preis, dass C., der Vormund des B., davon Kenntnis erhält, dass er eine Forderung an B. hat; er kündigt daher dem B. persönlich in der Hoffnung, er werde zu seinem Gelde kommen. Eine solche nur an B. erfolgte Kündigung wäre unwirksam, selbst wenn das Kündigungsschreiben dem Vormunde zugeht; denn nach Lage der Sache ist anzunehmen, dass die Mitteilung der Kündigung an den Vormund gegen den Willen des Kündigenden erfolgt ist. Ist aber gerade beabsichtigt, dass die Kündigung dem Vertreter des Geschäftsunfähigen nicht zugeht, so kann die zufällig in seine Hände gelangte oder zu seinen Ohren gekommene Kündigung den fehlenden Willen, die Kündigung in wirksamer Weise zu erklären, nicht ersetzen.

§ 29.

Damit die mir gegenüber als Vertreter eines anderen abgegebene Erklärung in ihrer Wirkung diesen andern treffen solle, ist erforderlich, dass ich den Willen habe, diesen andern zu vertreten. Fehlt mir dieser Wille, so kann von einer wirksamen Vertretung keine Rede sein. Zu dem rechtsgeschäftlichen Handeln in Vertretung, sagen die Motive, gehört, dass der Vertretungswille kundgegeben ist. Die Kundgebung bildet einen wesentlichen Bestandteil des in Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfts; sie ergibt den Träger der durch dasselbe zu schaffenden Rechte und Verpflichtungen [1]). Freilich ist zu betonen, dass da, wo der Erklärende die Erklärung erkennbar für den Vertreter abgibt, und ich ausserdem zu dem

1) vgl. hiezu Schlossmann a. a. O. S. 225 ff.

Vertretenen in einem Rechtsverhältnis stehe, das mich verpflichtet oder auch nur berechtigt, für denselben Willenserklärungen in Empfang zu nehmen, mein Schweigen als Zustimmung anzusehen wäre und ich mich nicht auf den Mangel meines Vertretungswillens berufen kann.

Wie aber, wenn der Vertreter sich ausdrücklich weigert, in dem betreffenden Falle von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch zu machen? Kann der Erklärende trotzdem mit Wirksamkeit die empfangsbedürftige Willenserklärung an ihn abgeben? Das Gesetzbuch gibt über diese Frage keinen Aufschluss. Die Motive [2]) bemerken nur: »Ob gegenüber dem Vertreter ein Rechtsgeschäft mit Wirksamkeit gegen den Vertretenen vorgenommen werden kann, wenn der Vertreter ablehnt, von der Vertretungsbefugnis für den betreffenden Fall Gebrauch zu machen, bzw. ob der Vertreter im Einzelfall zu solcher Ablehnung berechtigt ist, darf der Entscheidung durch Doktrin und Praxis überlassen werden«.

Meines Erachtens ist bei der Beantwortung dieser Frage ein principieller Unterschied zwischen denjenigen Fällen zu machen, in welchen der Vertreter eine Verpflichtung zur Vertretung übernommen hat und denjenigen, in denen eine solche Verpflichtung nicht besteht, wenn der Vertreter vielleicht nur die Befugnis zur Vertretung erhalten hat, ohne damit eine Verpflichtung übernommen zu haben.

Eine Verpflichtung zur Vertretung hat stets der gesetzliche Vertreter, z. B. der Vormund, Vater, Pfleger. In den Fällen der gesetzlichen Vertretung, um die es sich bei unserer Darstellung ausschliesslich

2) I S. 226.

handelt, darf der Vertreter im Einzelfall wohl zweifellos nicht ablehnen, von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch machen zu wollen; erfolgt die Ablehnung dennoch, so ist sie wirkungslos. Der Erklärende braucht sich eine solche Weigerung des Vertreters nicht gefallen zu lassen und kann trotzdem mit Wirksamkeit für den Vertretenen ihm gegenüber die Erklärung abgeben, da der erforderliche Vertretungswille, wenn auch nicht direkt vorhanden, so doch auf Grund der bestehenden Verpflichtung als vorhanden zu fingieren ist. Denn in den Fällen, in denen die Vertretungsmacht unmittelbar einem natürlichen Verhältnisse entspringt, z. B. die Vertretung des Kindes durch den Vater bezw. die Mutter, hat die Rechtsordnung dem Vertreter die Pflicht zum Vorhandensein des Vertretungswillens auferlegt und ergänzt nötigenfalls den fehlenden Willen. Hier hat der Vertreter durch die Übernahme der Verpflichtung seine Bereitwilligkeit erklärt, sämtliche für den Vertreter berechneten Willenserklärungen für denselben in Empfang zu nehmen und damit seinen Vertretungswillen für alle vorkommenden Fälle während des Bestehens des Rechtsverhältnisses kundzugeben.

§ 30.

Eine besondere Betrachtung gebührt den Geschäftsunfähigen, die ohne gesetzlichen Vertreter sind. Soll einer solchen Person gegenüber eine Willenserklärung abgegeben werden, so gewährt das Gesetz eine dem § 57 C.P.O. entsprechende Hilfe nicht. Es wird als genügend angesehen, dass der Beteiligte sich an das Vormundschaftsgericht wenden und bei diesem die Bestellung des Vormundes oder Pflegers veranlassen kann.

Dies ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Ge-

schäftsunfähigkeit auf Geisteskrankheit beruht, ohne dass ein Entmündigungsantrag gestellt ist. Hier ist vorerst eine gesetzliche Grundlage für die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters nicht gegeben und es ist zunächst unmöglich, ihm gegenüber eine wirksame Willenserklärung abzugeben. Mein Hauswirt, dem ich ein Kündigungsschreiben entgegenhalte, erklärt beispielsweise, er könne diese Erklärung nicht entgegennehmen, weil er geisteskrank sei. Stellt sich heraus, dass derselbe durch einen gerichtlichen Beschluss weder für geschäftsunfähig erklärt noch entmündigt ist, dass somit auch kein anderer für ihn zu handeln befugt ist, so kann vor Stellung des Entmündigungsantrages auch eine Erklärung ihm gegenüber nicht wirksam abgegeben werden. Allein es ist lediglich dieser eine Versuch misslungen; denn nach § 646 Abs. 2 C.P.O. steht neben den unter Abs. 1 daselbst aufgeführten Berechtigten in allen Fällen dem Staatsanwalte und zwar nicht bloss subsidiär, sondern konkurrierend mit den nach Abs. 1 Antragsberechtigten das Recht zur Stellung des Antrags zu. Darin liegt zugleich eine Dienstpflicht, im öffentlichen Interesse einzugreifen, wenn von seiten der nach Abs. 1 Berufenen ein Antrag nicht gestellt wird oder ein nicht antragsberechtigter Interessent sich an ihn wendet.

Durch diese Bestimmung bin ich einmal vor etwaigen Chikanen meines Gegners geschützt, zum andern ist es mir möglich geworden, nach Durchführung des Entmündigungsverfahrens meine Willenserklärung durch Richtung an den gesetzlichen Vertreter zur Wirksamkeit zu bringen. Der die Entmündigung aussprechende Beschluss tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit.